Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)



جامعة القاهرة
كلية الحقوق

نظرية العقد الموقوف

في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

رسالة مقدمة من

عبد الرازق حسن فرج

للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق

(الشريعة الإسلامية)

لجنة الحكم :

الاستاذ الدكتور محمد سلام مدكور رئيساً
الاستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى } عضوين
الاستاذ الدكتور محمد زكريا البرديسى }

١٣٨٨ — ١٩٦٨



جامعة القاهرة
كلية الحقوق

نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

رسالة مقدمة من
عبد الرازق حسن فرج
للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق
(الشريعة الإسلامية)

لجنة الحكم :
الاستاذ الدكتور محمد سلام مدكور رئيساً
الاستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى } عضوين
الاستاذ الدكتور محمد زكريا البرديسى }

١٣٨٨ — ١٩٦٨



بسم الله الرحمن الرحيم

« وما أوتيتم من العلم إلا قليلا »

« قرآن كريم »

وقال العماد الأصفهانى فى مقدمة معجم الأدباء « إنى رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً فى يومه إلا قال فى غده : لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر » .



مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين . وبعد :

فإن الشريعة الإسلامية قد اشتملت على أحكام كثيرة تكفل للناس ما فيه سعادتهم وما فيه مصلحتهم والرحمة والعدل بهم .

فقد عرفت هذه الشريعة مبدأ الرضائية وفطنت إليه وأحكمت تطبيقه على ما عرض فى عصور فقهائها الأولين من قضايا لقرون خلت .

وقد حرمت أكل المسلم لمال أخيه بغير رضاه ، ولا شك أن من أكل مال مسلم بغير طيبة من نفسه فإنه يعتبر آكلا للمال بالباطل ، وقد صرح الرسول عليه السلام بهذا فى عدة أحاديث منها : « إنما أموالكم ودماؤكم عليكم حرام »[1] . كما راعت مصالح الناس الضرورية والحاجية وحثت على التعاون وعلى مساعدة الغير فى شئونهم دفعاً للضرر وجلباً للمصلحة .

ومن أبرز مظاهر هذا التعاون أن أباحت[2] الشريعة الغراء على ماهو معروف فى أغلب المذاهب الفقهية فكرة التصرف الموقوف على الإجازة فأباحت لمن يتصرف عن غيره دون ولاية ولا وكالة كالفضولى ومن فى حكمه التصرف عن الغير ، واعتبرت التصرف منعقداً صحيحاً لصدوره من أهله مضافاً إلى محله موقوفاً على إجازة من يملك الإجازة شرعاً من مالك أو ولى

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى ج ٥ ص ٢٦٨ .

(٢) جاء فى كتاب الإباحة عند الأصوليين للاستاذ محمد سلام مدكور الطبعة الثانية ١٣٨٥ هـ / ١٩٦٥ م ص ٣٢ : « الإباحة عند الأصوليين هى التخيير بين فعل الشيء وتركه ويعرفون المباح بأنه هو الأمر الذى خير الشارع بين فعله وتركه » .

وفى ص ٤٥ « الإباحة عند الفقهاء ضد الحظر فهى بمعنى يقابل التحريم » .

أو وصى . وهذا مبنى على أن الناس فى حاجة إلى معونة بعضهم بعضاً وأن المروءة وما يوجد من الصلات المختلفة بين الناس كالجوار والصداقة والقرابة كثيراً ما تدفعهم إلى معونة من يتصلون به فى وقت الحاجة أو فى وقت غيبتهم حيث لا يتيسر فيه لذى الشأن أن يتصرف وأن يعمل وذلك بمباشرة بعض أعمال ومزاولة بعض تصرفات يرونها نافعة لمن يريدون .

كذلك اعتبرت هذه المذاهب تصرف الصبى المميز فى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر موقوفاً على إجازة الولى أو الوصى . واعتبرته التصرف فيما تعلق به حق الغير كتصرف المدين المعسر إضراراً بدائنيه وبيع العين المرهونة وتصرف الشريك فى الحصة الشائعة موقوفاً على الإجازة على نحو ماسنبينه تفصيلا فى دراستنا لهذا الموضوع .

لهذا كان من المهم إبراز فكرة العقد الموقوف وجمع شتاتها ومعرفة مايقابلها من نظم فى القانون ، وهذا ما أوضحته فى هذه الرسالة بعد أن حاولت جاهداً أن أضمنها آراء العلماء فى كل مذهب ، وأن أوسع دائرة البحث حتى لاتقف عند آراء الأئمة الأربعة ، فعرجت على فقه أهل الظاهر وفقه الشيعة الإمامية والزيدية والإباضية باحثاً ومنقباً حتى يمكن عرض صورة من إنتاج فقهاء الشريعة الأعلام فى هذا الموضوع الذى تشعبت مسالكه واختلفت فيه الآراء ودقت فيه مدارك العلماء .

خطة البحث

اشتملت هذه الرسالة على باب تمهيدى وقسمين : قسم نظرى وقسم تطبيقى

الباب التمهيدى : فى بيان حقيقة العقد وأقسامه من حيث الصحة والبطلان

القسم الأول
(فى حقيقة العقد الموقوف ومحله وحكمه)

الباب الأول : فى حقيقة العقد الموقوف .
الباب الثانى : فى محل العقد الموقوف .
الباب الثالث : فى حكم العقد الموقوف .

القسم الثانى
(بعض التطبيقات على نظرية العقد الموقوف)

الباب الأول : فى التصرف عن الغير دون ولاية .
الباب الثانى : فى تصرف ناقص الأهلية ومعيب الإرادة .
الباب الثالث : فى التصرف فيما تعلق به حق الغير .
الخاتمة



الباب التمهيدى

فى

حقيقة العقـــد

قبل أن نعرض لتعريف العقد وأقسامه من حيث الصحة والبطلان فى الفقه الإسلامى نبدأ بتمهيد نبين فيه فكرة العقد قبل الإسلام وأنواع العقود التى كانت موجودة فى الجاهلية .

تمهيد :

كانت العقود معروفة عند العرب قبل الإسلام فقد كانوا يعرفون عقود المعاوضات المالية من بيع وسلم واستصناع وإجارة وغيرها . كما كانوا يعرفون عقود التأمينات من رهن وكفالة ، ويعرفون عقد النكاح والطلاق والعتاق وغير ذلك ، وكان لهذه العقود أحكام وآثار تواضعوا عليها لأنها إرادتهم التى أعلنوها بأقوالهم وغايتهم من تعاقدهم وحاجتهم التى دفعتهم إليها فرتبوها عليها . وأصبحت بذلك نتائج عرفية لعقودهم يلزمهم بها العرف ويوجبها عليهم الخلق .

إلا أن هذه العقود لم تكن ترتكز على أسس عادلة ، وقواعد ثابتة ، بل كان الكثير منها يشتمل على الغرر والجهالة كبيع المضامين والملاقيح[1] . وكذلك فقد كانت هناك معاملات جائرة فاسدة بعيدة كل

---

(١) الملاقيح ما فى البطون من الأجنة والمضامين ما فى أصلاب الفحول ، وكانوا يبيعون الجنين فى بطن الناقة ، وما يضربه الفحل فى كل عام أو أعوام ، انظر فى بيان هذا زاد الميعاد لابن القيم جـ ٢ ص ٤٥١ . مطبوع بالمطبعة الميمنية بمصر .

البعد عن مبدأ الرضائية وذلك مثل بيع الملامسة والمنابذة وإلقاء الحجر وما أشبه ذلك .

أما بيع الملامسة فقد كانت صورته فى الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره ولا يقلبه أو يبتاعه ليلا ولا يعلم ما فيه ، وأما بيع المنابذة فهو أن ينبذ كل واحد من المتبايعين إلى صاحبه الثوب ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض ، وأما إلقاء الحجر ويسمى أيضاً بيع الحصاة فكانت صورته عندهم أن يقول المشترى أى ثوب وقعت عليه هذه الحصاة التى أرمى بها فهو لى ، وقيل هو أن يبيعه من أرضه بقدر ما انتهت إليه رمية الحصاة أو أن يمسك أحدهما حصاة فى يده ويقول أى وقت سقطت فيه الحصاة وجب البيع ، وهذه الصور كلها فاسدة لما تضمنته من أكل المال بالباطل ومن الغرر والخطر الذى هو شبيه بالقمار[1] .

فلما جاء الإسلام وبعث الله محمداً عليه الصلاة والسلام لهداية العالم وإصلاح المجتمع الإنسانى ، ووجد الناس يتعاملون بهذه المعاملات وينشئون تلك التصرفات ويرتبون عليها أحكاماً وآثاراً تواضعوا عليها ولا يستغنون عنها لحاجتهم إليها ، أخذ فى إصلاح ما أمكن إصلاحه وأزال ما لا يقبل

---

(١) انظر فى هذا زاد الميعاد لابن القيم ج ٢ ص ٤٥١ وبداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٢١ الطبعة الأولى (الباب الثالث فى البيوع المنهى عنها) . وانظر فى فقه الحنفية فى معنى الملامسة والمنابذة وبيع الحصاة ، البدائع للكاسانى ج ٥ ص ١٧٦ الطبعة الأولى ١٣٢٨ هـ / ١٩١٠ م . وانظر فى فقه الشافعية فى النهى عن بيع الغرر وبيع الملامسة المجموع شرح المهذب ج ٩ ص ١٤٦ .. إدارة الطباعة المنيرية بمصر . وانظر فى فقه الشيعة الزيدية البحر الزخار ج ٣ ص ٢٩٣ — ٢٩٤ والروض النضير ج ٣ ص ٢٤٤ ، وانظر من كتب الحديث فى النهى عن بيع الحصاة والملامسة والمنابذة نصب الراية فى الحديث ج ٤ ص ١٤ الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ ١٩٣٨ ، ونيل الأوطار للشوكانى الطبعة الثانية ١٣٤٤ هـ ج ٥ ص ٢٤٣ — ٢٤٦ ، وعمدة القارىء شرح صحيح البخارى ج ١١ ص ٢٦٨ إدارة الطباعة المنيرية ، والنووى على صحيح مسلم ج ٦ ص ٣٥٦ — ٣٥٩ طبعة ١٣٢٥ هـ الأميرية ، وانظر أيضاً فى النهى عن بيع الغرر الموطأ وشرح الزرقانى عليه ج ٣ ص ٣١٧ وفى النهى عن بيع الملامسة والمنابذة المرجع المذكور ج ٣ ص ٣١٥/٣١٦ طبعة ١٣٥٥ هـ / ١٩٣٦ م .

الإصلاح ولا يصلح للبقاء فحرم الربا والميسر لما يشتملان عليه من الإضرار بالناس وأكل أموالهم بالباطل .

وأصلح نظام البيوع ونفى عنها الغرر والخداع والغبن الفاحش وأقر الإجارة والقرض والعارية والرهن مع إبطال ما قد يكون فيها من فساد .

وبين لهم أن أساس التعاقد هو الرضا والاختيار ، وذلك فى قوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »[1] . وقوله جل شأنه : « فإن طبن لكم عن شىء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً »[2] . وقال عليه الصلاة والسلام : « إنما البيع عن تراض »[3] .

كما أوجب عليهم الوفاء بالعقود والعهود قال تعالى : « يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »[4] وقال سبحانه : « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا »[5] .

وبهذا كله صارت العقود أسباباً لأحكام وآثار تترتب عليها وتنشأ عنها بحكم الشارع وصنيعه ، فإن شاء رتبها فوراً وإن شاء على التراخى وإن شاء وقفها ولم يرتبها .

وقد رسم الشارع للناس الحدود ووضع لهم القواعد العامة فى معاملاتهم وتصرفاتهم وألزمهم ألا يتخطوا هذه الحدود وألا يأتوا أمراً يتنافى وتلك القواعد حتى تحفظ على الناس أموالهم ويقطع دابر النزاع ويزول الخصام من بينهم .

---

(١) سورة النساء آية ٢٩ جـ ٥ .

(٢) سورة النساء آية ٤ جـ ٤ .

(٣) أخرجه ابن ماجه فى سننه جـ ٢ ص ١٥ .

(٤) سورة المائدة آية ١ جـ ٦ .

(٥) سورة الإسراء آية ٣٤ جـ ١٥ .

الفصل الأول

التعريف بالعقد

المبحث الأول

التعريف بالعقد فى الشريعة

من معانى العقد فى لغة العرب إحكام الشىء وتقويته والجمع بين أطراف الخيط بالربط وضد العقد الحل . فكلمة العقد فى اللغة تطلق على معان كثيرة منها الربط والشد والتوثيق والقوة ويجمع كل ذلك معنى الربط . وهو على ما يظهر من كلام أهل اللغة المعنى الأصلى لكلمة العقد ، يقال عقدت الحبل عقداً أى شددته وقويته ، أو جمعت بين طرفيه فقويت الاتصال بينهما أو أحكمته بالعقد عليهما ، ثم استعمل هذا الفعل فى الربط المعنوى بين الكلامين أو المتعاهدين فقيل عقدت البيع وعقدت العهد ، كما استعمل فى كل ما يعقده العاقد فيلزم به نفسه ويربطها به ، من فعل يأتيه فى المستقبل أو ترك لفعل ، ومن هذا سمى اليمين عقداً ، لأن الحالف يلزم به نفسه أن يفى بما حلف عليه ، وسمى الأمان والعهد عقداً لأنهما طريقان من طرق الإلزام وكذلك ما يشرطه الإنسان على نفسه فى المستقبل[1] .

---

(١) وفى المصباح المنير ج ٢ ص ٣٢ الطبعة الأولى بالمطبعة العلمية سنة ١٣١٦ هـ كتاب العين — العين مع القاف وما يثلثهما : « عقدت الحبل عقداً من باب ضرب فانعقد والعقدة ما يمسكه ويوثقه ومنه قيل عقدت البيع ونحوه وعقدت اليمين وعاقدته على كذا ، وعقدته عليه بمعنى عاهدته ومعقد الشىء مثل مجلس موضع عقده وعقدة النكاح وغيره إحكامه وإبرامه والعقد بالكسر القلادة والجمع عقود مثل حمل وحمول ، واعتقدت كذا وعقدت عليه القلب والضمير حتى قيل العقيدة ما يدين الإنسان به وله عقيدة حسنة سالمة من الشك .

وتطلق كلمة العقد فى اصطلاح الفقهاء على معنيين :

أحدهما : وهو المشهور الشائع الربط الحاصل بين كلامين أو ما يقوم مقامهما على وجه يترتب عليه حكم شرعى بإلزام لأحد الطرفين أو لكليهما ، وكثيراً ما يطلق العقد ويراد به ما تم الارتباط به بينهما سواء أكانا كلامين أم كتابتين أم إشارتين أم كانا فعلين فيسمى مجموع بعت كذا بكذا وقبلت ذلك عقد بيع وهكذا[1].

= وانظر فى معنى كلمة عقد القاموس المحيط باب الدال فصل العين جـ ١ ص ٣١٥ و ٣١٦ ومختار الصحاح باب العين ص ٤٤٤ و ٤٤٥ طبعة ١٣٤٣ هـ/١٩٢٥ م . وانظر أيضاً أحكام القرآن جـ٢ ص ٢٩٤ — ٢٩٥ طبع مطبعة الأوقاف الإسلامية فى دار الخلافة العلية سنة ١٣٣٥هـ لأبى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص الحنفى المتوفى سنة ٣٧٠ هـ .

(١) جاء فى شرح التوضيح على التنقيح جـ ٢ ص ١٢٣ طبعة ١٣٧٧ هـ/ ١٩٥٧ م :

« والانعقاد هو ارتباط أجزاء التصرف شرعاً » . وفى الهداية وفتح القدير فى فقه الحنفية جـ ٥ ص ٧٤ : « البيع ينعقد بالإيجاب والقبول » ويقول صاحب العناية فى نفس الموضع « الانعقاد هاهنا تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره فى المحل ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين إيجاباً لأنه يثبت للآخر خيار القبول فإذا قبل يسمى كلامه قبولا » . وفى فقه المالكية جاء فى شرح الخرشى على مختصر خليل جـ ٥ ص ٥ الطبعة الثانية بالمطبعة الأميرية ١٣١٧ هـ « ينعقد البيع بما يدل على الرضا ... من قول من الجانبين أو فعل منهما أى قول من أحدهما وفعل من الآخر أو إشارة منهما أو من جانب وقول أو فعل من الآخر » .

وفى فقه الحنابلة جاء فى المغنى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٣/٤ الطبعة الثانية ١٣٤٧ هـ بمطبعة المنار : « والبيع على ضربين أحدهما الإيجاب والقبول ...... والضرب الثانى المعاطاة » .

وانظر فى فقه الشافعية المجموع شرح المهذب جـ ٩ ص ١٦٢ « كتاب البيع » إدارة الطباعة المنيرية .

وجاء فى كتاب البحر الزخار فى فقه الشيعة الزيدية جـ ٣ ص ٢٩٧ : « العقد وهو إيجاب وقبول لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الجاهلية كالمنابذة والحصاة » . وانظر من المراجع الحديثة فى فقه الشريعة العقود والشروط والخيارات للشيخ أحمد إبراهيم منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة العدد السادس ص ٦٤٤ سنة ١٩٣٤ وأحكام المعاملات الشرعية الشيخ على الخفيف ص ٢٠٠ الطبعة الثالثة ١٣٦٦/١٩٤٧ . والمدخل للفقه الإسلامى للاستاذ محمد سلام مدكور ص ٥٠٦ — ٥٠٨ الطبعة الثانية ١٣٨٣هـ/١٩٦٣ م . وانظر التصرف الانفرادى والإرادة المنفردة للشيخ على الخفيف ص ٤٧ — ٤٨ طبعة ١٩٦٤ م .

وعلى هذا التعريف لا يكون الطلاق والعتق المجردان عن المال والوقف والإبراء واليمين والتنازل عن الحقوق كحق الشفعة أو المرور أو المسيل ونحو ذلك من كل ما يتم بكلام طرف واحد عقداً من العقود بل تصرفاً شرعياً انفرادياً .

وإنما يكون البيع والإجارة والمزارعة والمساقاة وغيرها مما لا يتم إلا بكلامين من طرفين عقوداً شرعية .

فالعقد فى مفهوم هذا الاتجاه لا يكون إلا فيما يحدث بين اثنين من تعاقد أو بمعنى آخر ما يتوقف فيه الالتزام على اجتماع إرادتين .

وإلى هذا التعريف جنح صاحب مرشد الحيران فنصت المادة ٢٦٢ منه على أن : « العقد عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه » .

ويستفاد من هذا التعريف أن العقد يدخل فى عموم التصرف وأنه يقوم على ما ينبىء عن إرادتين متطابقتين لا على إرادة منفردة ، كما أن هذا التعريف ينم عن النزعة الموضوعية للفقه الإسلامى أو النزعة المادية لا النزعة الذاتية التى تسود الفقه الغربى[1] . واعتبار الإرادة الظاهرة كما هو المتبادر من مفهوم هذا التعريف أولى بالقبول لأن الإرادة الباطنة أمر خفى لا يمكن الاطلاع عليه وبما أن الأحكام أمور خفية فلا يصح أن تعلل بالخفى لأن الخفى لا يعرف الخفى لذلك وجب أن تناط الأحكام بعلل ظاهرة تنبىء عن الإرادة[2] .

---

(١) انظر فى هذا مصادر الحق للدكتور السنهورى جـ ١ ص ٧٣ وما بعدها .

(٢) انظر فى هذا علم أصول الفقه للأستاذ البرديسى ص ٢٦٠ الطبعة الثانية ١٣٨١ هـ/ ١٩٦١م فقد جاء فيه : « لا يجوز التعليل بالخفى وهو الذى لا يدرك بحاسة من الحواس الظاهرة لأن العلة معرفة للحكم الشرعى الذى هو خفى فلابد وأن يكون المعرف وصفاً جلياً لأن الخفى لا يعرف الخفى » .

ثانيهما : ينظر بعض الفقهاء إلى العقد نظرة أعم من ذلك فيشمل عندهم ما كان الالتزام فيه من الجانبين كالبيع والإجارة والزواج ، كما يشمل ما يتم فيه الالتزام بإرادة واحدة وذلك كما فى التصرفات الانفرادية التى لا يقابلها التزامات أخرى على طريق التبادل من الطرف الآخر وذلك كما فى التبرعات من هبة وصدقة ووصية وإبراء من الدين وإعتاق ووقف[1] .

وهذا الإطلاق يوافق ما جرى عليه فقهاء الحنفية فى باب تعليق العقود بالشروط ، واقترانها بها وإضافتها إلى الزمن المستقبل فهم يتناولون فيه كل التصرفات والالتزامات الشرعية على العموم فيذكرون الطلاق والعتق والإبراء والوقف كما يذكرون البيع والإجارة والقسمة والنكاح فيتناولون بهذا التعميم كل صور العقد بمعناه الأعم ومعناه الأخص[2] .

---

(١) جاء فى كتاب أحكام القرآن للجصاص عند تعرضه لشرح آية « يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ج ٢ ص ٢٩٤ — ٢٩٥ : « العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه ... وهذا إنما يتناول منه ما كان منتظراً مراعى فى المستقبل من الأوقات فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقوداً لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به وسمى اليمين على المستقبل عقداً لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك والشركة والمضاربة ونحوها تسمى أيضاً عقوداً لما وصفنا من اقتضائه الوفاء بما شرطه على كل واحد من الربح والعمل لصاحبه وألزمه نفسه وكذلك العهد والأمان لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه فى شىء يفعله فى المستقبل فهو عقد وكذلك النذور وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك » . وانظر أيضاً أحكام القرآن لابن العربى ج ١ القسم الثانى ص ٥٢٤ — ٥٢٥ الطبعة الأولى تحقيق محمد على البجاوى .

(٢) جاء فى رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ٢٣١ الطبعة الثالثة ١٣٢٥ هـ فى بيان تعليق العقود على الشروط واقترانها بها ... ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد ويبطل تعليقه أيضاً لدخوله فى التمليكات لأنها أعم ، وما ليس بمبادلة مال بمال إن كان من التمليكات أو التقييدات يبطل تعليقه بالشرط فقط وإن لم يكن منهما فإن كان من الإسقاطات والالتزامات التى يحلف بها يصح تعليقه بالملائم وغيره وإن كان من الإطلاقات والولايات والتحريضات يصح تعليقه بالملائم فقط . وفى المغنى والشرح الكبير ج ٤ ص ٤/٥ طبعة ١٣٤٧ هـ فى فقه الحنابلة ما يفيد إطلاق لفظ العقد على التصرفات الانفرادية كالهبة والصدقة فقد جاء فيه =

مناقشة الاتجاهين السابقين فى تعريف العقد

إذا نظرنا إلى الاتجاهين السابقين فى تعريف العقد نلاحظ أن التعريف الأول يشترط حتى يكون هناك عقد اجتماع إرادتين ، وعلى هذا فالتصرف الانفرادى أو الإرادة المنفردة لا يوجد معها عقد وذلك كالوقف فإنه يتم بإرادة منفردة من المالك وحده دون أن يشاركه فيه شخص آخر وكذلك الطلاق المجرد عن المال ومثله العتق .

وهذا الاتجاه — كما هو واضح — يبدو مقبولا لأنه قريب من المعنى اللغوى لكلمة عقد وهو المعنى الحقيقى لمفهومه وكل شىء أقرب إلى الحقيقة[1] كان أولى مما بعد عنها فإطلاق العقد على الطلاق المجرد عن المال هو إطلاق مجازى إذ لا ربط فيه .

أما التعريف الثانى فيطلق مدلول العقد على ما هو أعم من ذلك فيشمل التصرفات الصادرة عن إرادتين كما يشمل التصرفات الصادرة عن إرادة واحدة .

وعلى هذا الأساس وفى ضوء هذين الاتجاهين يمكن تعريف العقد بأنه :

= فى صدد الكلام عن بيع المعاطاة « ولأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط الإيجاب والقبول لبينه صلى الله عليه وسلم بياناً عاماً ولم يخص حكمه ... وكذلك الحكم فى الإيجاب والقبول فى الهبة والهدية والصدقة لم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه استعمال ذلك فيه ... ولو كان الإيجاب والقبول شرطاً فى هذه العقود لشق ذلك » .

وجاء فى المجموع شرح المهذب جـ ٩ ص ٢٦١ فى فقه الشافعية « فى تصرف الفضولى فى مال غيره بغير إذنه كما ذكرنا أن مذهبنا المشهور بطلانه ولا يقف على الإجازة وكذا الوقف والنكاح وسائر العقود » .

(١) جاء فى كتاب الأمر فى نصوص التشريع الإسلامى للاستاذ محمد سلام مدكور طبعة ١٣٨٧ هـ/ ١٩٦٧ م فى بيان معنى الحقيقة والمجاز « الحقيقة هى اللفظ المستعمل فيما وضع له فى اصطلاح التخاطب ... وأهم مميزات الحقيقة تبادر معنى اللفظ إلى ذهن السامع من غير احتياج إلى قرينة وعدم صحة سلب المعنى عما وضع له . ويعرف المجاز بأنه اللفظ المستعمل فى غير ما وضع له فى اصطلاح التخاطب مع (قرينة مانعة من إرادة المعنى الأصلى) .

« كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعى سواء أكان صادراً من طرف واحد أم صادراً من طرفين متقابلين » .

فهذا التعريف بعمومه يتناول مدلول العقد بمعناه العام ومعناه الخاص .

المبحث الثانى

التعريف بالعقد فى فقه القانون

العقد فى فقه القانون لا يكون ولا يتم إلا بين طرفين . ويعرفونه بأنه « توافق إرادتين على إحداث أثر قانونى سواء أكان هذا الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاءه »[١] ، وعلى ذلك لا تسمى الإرادة المنفردة فى فقه القانون عقداً .

وقد عرف القانون المدنى الفرنسى العقد فى المادة ١١٠١ بأنه : « اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله »[٢]. وهذا التعريف يجمع بين تعريف كل من العقد والالتزام .

ولم يعرف المشرع فى التقنين المدنى المصرى الحالى ولا القانون السورى ولا القانون الليبى العقد ، وذلك تجنباً للتعريفات الفقهية التى يحسن أن يترك

---

(١) انظر فى إيراد هذا التعريف نظرية الالتزامات للاستاذ الدكتور السنهورى ص ٢٦ طبعة ١٩٣٨ ، وانظر له الوسيط جـ ١ ص ١٣٨ طبعة ١٩٥٢ . وانظر أيضاً مصادر الالتزام للدكتور عبد المنعم فرج الصده ص ٥٠ طبعة ١٩٥٨ ، وانظر له أيضاً نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية جـ ١ ص ٢٠ طبعة ١٩٥٨ .

(٢) انظر فى هذا شرح القانون المدنى الفرنسى للأستاذ دى لاموراندير فى الالتزامات جـ ٢ فقرة ٥٥٦ ص ٣٠٧ طبعة ١٩٥٩ . وانظر أيضاً بلانيول وريبير وبولانجيه جـ ٢ ص ١٥ طبعة ١٩٥٧ . وانظر كذلك مازو فى الالتزامات جـ ٢ ص ٤٧ طبعة ١٩٦٢ ، وجوسران فى الالتزامات جـ ٣ ص ٧ الطبعة الثانية ١٩٣٣ .

أمرها لاجتهاد الفقهاء[1] .

وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى الحالى قد أورد تعريفاً للعقد لم يفرق فيه بينه وبين الاتفاق فنصت المادة ١٢٢ من هذا المشروع على أن «العقد اتفاق مابين شخصين أوأكثر على إنشاء رابطة قانونية أوتعديلها أو إنهائها» . وقد حذف هذا النص وذلك مجاراة لسياسة تشريعية هى تجنب الإكثار من التعريفات الفقهية[2] .

وأخيراً نشير إلى أن الشراح يفرقون بين الاتفاق والعقد ويعرفون الاتفاق[3] بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه وذلك كما فى عقد البيع ينشىء التزامات فى جانب البائع وأخرى فى جانب المشترى .

وقد يكون موضوع الاتفاق نقل التزام كما فى الحوالة[4] تنقل الحق من الدائن إلى شخص آخر يحل محله . كذلك قد يكون موضوع الاتفاق تعديل

---

(١) أما قانون الموجبات والعقود اللبنانى فقد أورد تعريفاً فرق فيه بين العقد والاتفاق فنص فى المادة ١٦٥ على أن « الاتفاق هو كل التئام بين مشيئة وأخرى لإنتاج مفاعيل قانونية ، وإذا كان يرمى إلى إنشاء علاقات إلزامية سمى عقداً » . وعرفه المشرع فى التقنين المدنى العراقى فى المادة ٧٣ بقوله : « العقد عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه » . وقد نقل المشرع العراقى هذا التعريف عن المادة ٢٦٢ من مرشد الحيران .

(٢) انظر فى هذا مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٩/ ١٠ .

(٣) انظر فى هذا نظرية العقد للأستاذ الدكتور السنهورى ص ٧٩ . وانظر فى شرح القانون المدنى الفرنسى بلانيول وريبير وبولانجيه جـ ٢ ص ١٥ طبعة ١٩٥٧ . ويعرفه الدكتور محمود جمال الدين زكى فى دروس فى النظرية العـامة للالتزامات ١٩٦٤/ ١٩٦٥ ص ٣٤ « بأنه تطابق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله وفى عبارة وجيزة تطابق إرادتين أو أكثر على ترتيب أثر قانونى » .

(٤) أنظر فى بيان حقيقة الحوالة رسالة فى حوالة الدين للأستاذ الدكتور عبد الودود يحيى القاهرة ١٩٥٧ م .

التزام موجود كالاتفاق على مد أجل الالتزام أو على إضافة شرط له . وقد يكون موضوعه أخيراً إنهاء التزام كالوفاء إذ هو اتفاق ينقضى به الدين بتقاضى الدائن إياه وكالإبراء فهو اتفاق ينتهى به الدين أيضاً بإبراء الدائن لذمة المدين[١] .

والعقد أخص من الاتفاق فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله ، فكل عقد يكون اتفاقاً ، أما الاتفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان منشئاً لالتزام أو ناقلا له ، فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد[٢] .

وبالمقارنة بين كل من فقهى الشريعة والقانون نجد أن تعريف العقد فى القانون يتفق مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة فى التعريف المشهور أو الشائع بينهم وهو الربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما على وجه يترتب عليه حكم شرعى ولا يتفق مع الاتجاه الآخر الذى يطلق مدلول كلمة العقد على كل تصرف سواء أكان صادراً من جانب واحد أم من الجانبين ، إذ أن الإرادة المنفردة لا تسمى فى فقه القانون عقداً .

---

(١) انظر فى هذا نظرية العقد للأستاذ الدكتور السنهورى الطبعة الأولى ١٣٧٣ هـ ١٩٣٤ م ص ٧٩ .

(٢) المرجع السابق فى نظرية العقد ص ٨١ وانظر أيضاً الالتزامات للدكتور عبد الحى حجازى ص ١٩ وهو يعرف العقد فى ص ٢١ بأنه « توافق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء علاقة قانونية ذات طابع مالى » . وانظر أيضاً نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية للدكتور عبد المنعم فرج الصدة جـ ١ ص ١٩ وفى شرح القانون المدنى الفرنسى دى لاموراندبير ص ٤٢ فى الالتزامات فقرة ٥٥٦ ص ٣٠٧ طبعة ١٩٥٩ م .

الفصل الثانى

تقسيم العقد من حيث الصحة والبطلان

ينقسم العقد من هذه الناحية إلى صحيح وغير صحيح على تفصيل فى ذلك .

ونتناول بيان هذا عند الحنفية وجمهور الفقهاء ثم نبين تقسيمه فى فقه القانون المدنى .

المبحث الأول

العقد الصحيح وغير الصحيح فى المذهب الحنفى

ذهب الحنفية إلى أن العقد ينقسم إلى قسمين : صحيح وغير صحيح . وغير الصحيح إما باطل وإما فاسد وهذا ما سيأتى له مزيد من البيان .

المطلب الأول

العقد الصحيح

الصحة فى اللغة ما يقابل المرض[1] . أما فى الاصطلاح فهى فى المعاملات ترتب آثار العقد المطلوبة منه عليه ، فالبيع المستجمع لأركانه وشروطه صحيح لأن آثاره تترتب عليه ، فتنتقل الملكية من البائع إلى

---

(١) جاء فى المصباح المنير ج ١ ص ١٥١ الطبعة الأولى بالمطبعة العلمية ١٣١٥ هـ « كتاب الصاد — الصاد مع الحاء وما يثلثهما — والصحة فى البدن حالة طبيعية تجرى أفعاله معها على المجرى الطبيعى وقد استعيرت الصحة للمعانى فقيل صحت الصلاة إذا أسقطت القضاء وصح العقد إذا ترتب عليه أثره وصح القول إذا طابق الواقع وصح الشىء يصح من باب ضرب فهو صحيح والجمع صحاح مثل كرم وكرام والصحاح بالفتح لغة فى الصحيح والصحيح الحق وهو خلاف الباطل وصحته بالتثقيل فصح ورجل صحيح الجسد خلاف مريض وجمعه أصحاء مثل شحيح وأشحاء » .

المشترى فى المبيع ، وتنتقل الملكية من المشترى إلى البائع فى الثمن[1] .

والعقد الصحيح هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ويكون كذلك إذا تحقق معناه وسلمت أركانه ومحله بأن يكون بصيغة سليمة واضحة الدلالة على إرادة إنشائه وصادر من أهل له فى محل قابل لحكمه ، ولم يعرض له من الأوصاف ما يجعله منهياً عنه شرعاً[2] . فإذا كان عقد بيع لزم لصدوره صحيحاً أن يباشره شخصان مميزان بإيجاب وقبول متوافقين دالين على إنشائه

---

(١) جاء فى كتاب الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى — مطبعة المعارف ١٣٣٢هـ/١٩١٤م ج ١ ص١٨٦ — ١٨٧ : « وأما فى عقود المعاملات فمعنى صحة العقد ترتب ثمرته المطلوبة منه عليه ، ولو قيل للعبادة صحيحة بهذا التفسير فلا حرج ، ومن فسر صحة العقد بإذن الشارع فى الانتفاع بالمعقود عليه فهو فاسد فإن البيع بشرط الخيار صحيح بالإجماع وإن لم يتحقق إذن الشارع بالانتفاع بتقدير الفسخ قبل انقضاء المدة مع أنه لا يطرد هذا التفسير فى صحة الصلاة وغيرها من العبادات ؟ وإن صح فالنزاع فى أمر لفظى ولا بأس بتفسير كون العبادة مجزية بكونها مسقطة لوجوب القضاء وحيث لم تكن متصفة بكونها مجزية عند أدائها مع اختلال شرطها وسقوط القضاء بالموت إنما كان لأنه لم يسقط القضاء بفعلها بل بالموت » . وانظر البحر الرائق ج ٦ ص٧٥ . وفى شرح التلويح على التوضيح ج ٢ ص١٢٣ : « الصحيح ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث يكون معتبراً شرعاً فى حق الحكم » . وانظر فى معنى الصحة علم أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص١٤١ . والملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ محمد أبى زهرة ص٣٥٥ طبعة ١٩٣٩م . وانظر المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٥٩٤ الطبعة الثانية ١٣٨٣هـ/١٩٦٣ م . وانظر له أيضاً مباحث الحكم عند الأصوليين ص ١٥٥/١٥٧ طبعة ١٩٦٠م . ونظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص ٨٣ فقد جاء فيها : « الصحة وصف للفعل الذى يقع من المكلف فإن كان مستجمعاً لشرائطه اتصف بالموافقة التى هى الصحة وإلا لم يتصف بها » . وانظر أيضاً علم أصول الفقه للأستاذ محمد زكريا البرديسى ص ١١٤/١١٥ طبعة ١٣٨١ هـ/١٩٦١ م وانظر فى معنى الصحة أصول الفقه الإسلامى للأستاذ زكى الدين شعبان ص ٢٤٢ الطبعة الثالثة ١٩٦٤م . والمدخل لدراسة الفقه الإسلامى للأستاذ محمد مصطفى شلبى ص ٣٦٤ . الطبعة الأولى ١٣٧٦هـ/ ١٩٥٦ م

(٢) وعلى هذا نصت المادة ٢١٧ من مرشد الحيران فقالت : « العقد الصحيح الذى يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً والمراد بمشروعية ذاته ووصفه أن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وأن تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل وأن لا يكون مقروناً بشرط من الشروط المفسدة » . وجاء فى مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٣٩ طبعة ١٣١٩ هـ : « الصحيح هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه » . وفى نظرية الإباحة عند الاصوليين والفقهاء للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٨٤ : « ينفرد الصحيح فى كل ماهية شرعية طلبها الشارع أمراً أو نهياً وقد استجمعت شرائط الصحة » .

فى محل قابل لحكمه وهو المال المتقوم ، ولم يقترن به توقيت ولا جهالة فى المبيع ولا عدم تقوم فى الثمن ، ولم يصاحبه ما يوجب غرراً أو يفضى إلى النزاع أو يؤدى إلى فقد شرط من شروط صحته مما جعله الشارع سبباً للنهى عنه .

والعقد الصحيح الذى لا نهى فيه ثلاثة :

نافذ لازم ونافذ ليس بلازم وموقوف[١] .

ونتناول فيما يلى بيان كل نوع من هذه الأنواع .

الفرع الأول

العقد النافذ اللازم

هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه[٢] . فإذا كان بطبيعته غير قابل للفسخ أو لأن يرجع فيه أحد العاقدين بإرادته وحده ، ولم يكن فيه خيار من الخيارات كخيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب فإنه ينعقد صحيحاً نافذاً لازماً فينتج جميع الآثار التى تترتب عليه ويلزم كلا من المتعاقدين بحيث لا يجوز الرجوع فيه إلا إذا اتفقا على التقايل منه[٣] .

---

(١) انظر فى بيان ذلك : البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٧٥ « باب البيع الجائز أو الصحيح » .

(٢) انظر البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٧٥ . وجاء فى البدائع للكاسانى ج ٥ ص ٢٢٨ : « وأما شرائط لزوم البيع بعد انعقاده ونفاذه وصحته فواحد هو أن يكون خالياً عن خيارات أربعة : خيار التعيين وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية فلا يلزم مع أحد هذه الخيارات » . وفى شرح التوضيح على التنقيح ج ٢ ص ١٢٣ : « ثم النفاذ وهو ترتب الأثر عليه كالملك فبيع الفضولى منعقد لا نافذ ، ثم اللزوم كونه بحيث لا يمكن رفعه » . وجاء فى رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ٦ طبعة ١٣٢٥ هـ : « وأما الرابع وهو شرائط اللزوم بعد الانعقاد والنفاذ فخلوه من الخيارات الأربعة المشهورة » .

(٣) جاء فى البدائع للكاسانى ج ٥ ص ٣٠٦ : « ونوع لا يرتفع إلا بالإقالة وهو حكم كل بيع لازم وهو البيع الصحيح الخالى عن الخيارات ، والإقالة رفع العقد » .

وقد نصت المادة ١١٤ من مجلة الأحكام العدلية على أن : « البيع اللازم هو البيع النافذ العارى عن الخيارات » .

والأصل فى العقود الصحيحة أن تكون نافذة لازمة لا موقوفة ولا غير لازمة ومن العقود اللازمة ما لا يقبل الفسخ كالنكاح والخلع ، فإن النكاح إذا انعقد ، انعقد لازماً لا يقبل الفسخ ، فلا يمكن للعاقدين أن يتراضيا على فسخه ومثله الخلع إذا انعقد لا يستقل أحد العاقدين بفسخه وإذا تراضيا على فسخه لا يفسخ ، وقد يقال إن النكاح غير لازم بالنسبة للزوج لأنه يملك التخلص منه بالطلاق ؟ والجواب عن ذلك أن الطلاق ليس فسخاً للنكاح بل هو إنهاء له ووضع حد لآثاره إذ الفسخ يأتى على أصل العقد فيصير به العقد كأن لم يكن كالمتبايعين إذا تقايلا البيع . وهذه العقود اللازمة التى لا تقبل الفسخ لا تدخلها الخيارات لأن الخيار معناه أن يكون لأحد العاقدين الحق فى فسخ العقد وذلك ينافى طبيعة هذه العقود ، ولأن الخيار من شأنه أن يجعل أحد العاقدين غير ملزم بالتزامات العقد[1] .

---

(١) انظر فى هذا أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ على الخفيف ص ٣٥٧ الطبعة الثالثة ١٣٦٦ هـ/١٩٤٧م ، وانظر الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبو زهرة ص ٣٦٧/٣٦٨ ، وانظر المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٥٩٤ الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ ١٩٦٣ م . والأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية للأستاذ محمد زكريا البرديسى ص ١١٨ الطبعة الأولى ١٩٦٦ م فى بيان معنى الزواج اللازم . وانظر المدخل لدراسة الفقه الإسلامى للأستاذ محمد مصطفى شلبى ص ٣٧٠ .

الفرع الثانى

العقد النافذ غير اللازم

هو ما لم يتعلق به حق الغير وفيه خيار[1] .

والأصل أن العقد الذى ينعقد صحيحاً نافذاً لا يجوز لأحد العاقدين أن يرجع فيه بإرادته المنفردة ، ولكن هناك عقوداً تقبل بطبيعتها أن يرجع فيها أحد العاقدين دون توقف على إرادة العاقد الآخر كالوكالة والشركة والهبة والوديعة والعارية والرهن والكفالة فهذه العقود غير لازمة بطبيعتها .

ومن العقود ما يكون لأحد العاقدين أن يرجع فيها وهذه العقود تقبل الفسخ بتراضى طرفيها وهى عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة ، وهى تصير غير لازمة إذا ما اشترط فيها خيار من الخيارات كخيار الشرط . فإذا وجد فيها خيار لأحد العاقدين استطاع بإرادته وحده أن يرجع فى العقد ويكون العقد حينئذ غير لازم .

وقد نصت المادة ١١٥ من مجلة الأحكام العدلية على أن : « البيع غير اللازم هو البيع النافذ الذى فيه أحد الخيارات » . ونصت المادة ٣٧٦ على أنه : « إذا كان البيع غير لازم كان حق الفسخ لمن له الخيار » .

ونحن نخلص من ذلك أن العقد يكون نافذاً غير لازم :

١ — إذا كان بطبيعته قابلا لأن يرجع فيه أحد العاقدين بإرادته وحده دون توقف على رضاء الآخر .

---

(١) انظر البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٧٥ . وفى البدائع ج ٥ ص ٣٠٦ : « البيع غير اللازم هو الذى يقوم برفضه أحد العاقدين وهذا حكم كل بيع غير لازم كالبيع الذى فيه أحد الخيارات الأربع» .

٢ — إذا كان فيه خيار من الخيارات المعروفة[1] .

الفرع الثالث

العقد الموقوف

بينا فيما سبق أن العقد الصحيح هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه وذلك لسلامة أركانه وصفاته جميعاً ، فإذا كان صادراً من مالك أهل للاستقلال بصدور العقد كالحر البالغ العاقل أو من غير مالك لكن له ولاية إصداره كالولى والوصى والوكيل كان نافذاً .

وإن كان صادراً من مالك غير أهل للاستقلال بصدوره كالصبي المميز فى عقود المعاوضات المالية أو كان صادراً من غير ذى ولاية شرعية كالفضولى ، أو فى مال تعلق به حق الغير كبيع المرهون كان العقد موقوفاً .

وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية وكذا الشافعية فى المذهب القديم ، وفى إحدى الروايتين عند الحنابلة والشيعة الإمامية والزيدية والإباضية . فهم يقولون بأنه يجب أن يكون للعاقد ولاية على محل العقد وولاية على نوع التصرف فالولاية على محل العقد تكون بأن يثبت للعاقد حق الملك فى هذا المحل أو النيابة عن المالك وألا يتعلق بالمحل حق للغير ، فإذا لم تكن له الولاية على المحل أو تعلق به حق للغير انعقد موقوفاً على الإجازة ، وأما الولاية على التصرف فتكون باستكمال العاقد للقدر الواجب من التمييز حسب نوع التصرف الذى يباشره ، فتصرفات الصبي المميز الدائرة

---

(١) انظر الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للأستاذ محمد أبى زهرة ص ٣٦٨ ، والمعاملات للشيخ على الخفيف ص ٣٥٧ — ٣٥٨ ، والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٥٩٤ . وانظر أيضاً المدخل لدراسة الفقه الإسلامى للأستاذ محمد مصطفى شلبي ص ٣٧١ .

بين النفع والضرر تنعقد موقوفة على الإجازة ممن يملكها من ولى أو وصى فالولاية عندهم شرط فى النفاذ لا شرط فى الانعقاد .

وقد نصت المادة ٢١٦ من مرشد الحيران على أنه : « إذا انعقد العقد موقوفاً غير نافذ بأن كان العاقد فضولياً تصرف فى ملك غيره بلا إذنه أو كان العاقد صبياً مميزاً فلا يظهر أثره ولا يفيد ثبوت الملك إلا إذا أجازه المالك فى الصورة الأولى والولى أو الوصى فى الصورة الثانية ووقعت الإجازة مستوفية شرائط الصحة »(١) .

وذهب الشافعية فى المذهب الجديد والحنابلة والشيعة الإمامية والزيدية والإباضية فى الرواية الأخرى عندهم ، وكذا أهل الظاهر إلى أن العقد الموقوف يعتبر عقداً باطلاً لأنهم يجعلون الولاية من شروط الانعقاد لا من شروط النفاذ(٢) .

والعقد الصحيح النافذ تترتب عليه آثاره فى الحال . أما العقد الصحيح الموقوف فإن حكمه يتراخى إلى وقت إجازته ، فإن أجيز إجازة معتبرة شرعاً نفذ وترتبت عليه آثاره وإن رفض من له حق الإجازة إجازته بطل ، وسيتضح ذلك كله من دراستنا فى هذه الرسالة .

---

(١) انظر كذلك المادة ٣٣٤ من مرشد الحيران والمادة ١١١ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) انظر فى بيان حقيقة العقد الموقوف وآراء الأئمة بالتفصيل الباب الأول من القسم الأول من هذه الرسالة . وانظر فى بيان معنى العقد الصحيح الموقوف المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٥٩٥ . وانظر له أيضاً أحكام الأسرة فى الإسلام فى الزواج الموقوف ص٩٦ — ٩٧ . وانظر الأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية للأستاذ محمد زكريا البرديسى ص ١٢٨ — ١٢٩ الطبعة الأولى « فى بيان أحكام الزواج الموقوف » .

المطلب الثانى

العقد غير الصحيح

يقسم الأحناف العقد غير الصحيح إلى باطل وفاسد ، وسنبين فيما يلى حقيقة كل منهما .

الفرع الأول

البطلان

الباطل فى اللغة ضد الحق . يقال بطل الشىء يبطل بطلا وبطولا وبطلانا بضم الأوائل فسد أو سقط حكمه فهو باطل[١] . وفى الاصطلاح العقد الباطل ما لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه[٢] ، فإذا كان العاقد مجنوناً أو صبياً غير مميز فإن العقد يبطل لفوات ركن من أركانه ولا يصلح لأن يترتب عليه أثر من آثاره لأنه معدوم شرعاً . والقاعدة أن العلة إذا انعدمت لم يكن لها أثر ، وهى تدور مع المعلول وجوداً وعدماً[٣] . ومن ثم فلا تلحقه الإجازة وبهذا يتميز عن العقد الموقوف الذى ترد عليه الإجازة .

---

(١) جاء فى المصباح المنير (الباء مع الطاء وما يثلثهما) ج ١ ص ٢٦ طبعة ١٣١٥ هـ « بطل الشىء يبطل بطلاً وبطولاً بضم الأوائل فسد أو سقط حكمه فهو باطل وجمعه بواطل وقيل يجمع أباطيل على غير قياس ، وقال أبو حاتم الأباطيل جمع أبطولة بضم الهمزة وقيل جمع إبطالة بالكسر ويتعدى بالهمزة فيقال أبطلته وذهب دمه بطلاً أى هدراً وأبطل بالألف جاء بالباطل » .

(٢) انظر البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٧٥ ، وتبيين الحقائق للزيلعى ج ٤ ص ٤٤ وفى شرح التلويح على التوضيح ج ٢ ص ١٢٣ : « الباطل ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة ، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم أو لانعدام أهلية المتصرف كبيع الصبى والمجنون » .

(٣) انظر فى تعريف العلة وشروطها علم أصول الفقه للأستاذ محمد زكريا البرديسى ص ٢٥٧ وما بعدها طبعة ١٩٦١ م .

وقد نصت على تعريف العقد الباطل المادة ٢١٩ من مرشد الحيران فقالت : « العقد الباطل هو ما ليس مشروعاً لا أصلا ولا وصفاً أى ما كان فى ركنه أو فى محله خلل بأن كان الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للعقد أو كان المحل غير قابل لحكم العقد وهو لا ينعقد أصلا ولا يفيد الملك فى الأعيان المالية ولو بالقبض »[١] .

الفرع الثانى

الفســـاد

الفاسد له معنيان : لغوى واصطلاحى : فالأول : فسد كنصر وعقد وكرم فساداً وفسوداً ضد صلح فهو فاسد ولم يسمع انفسد والفساد أخذ المال ظلماً والجدب والمفسدة ضد المصلحة[٢] : والثانى : ماكان مشروعاً بأصله لا بوصفه[٣] . فالخلل فى العقد الفاسد يرجع إلى وصف من أوصافه

---

(١) انظر كذلك المادة ٣٣٨ من مرشد الحيران باب البيع والمادتين ١١٠ ، ٣٦٢ من مجلة الأحكام العدلية . وانظر فى بيان حقيقة العقد الباطل البدائع للكاسانى جـ ٥ ص ٣٣٥ وانظر علم أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ١٤٢ ، والملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للأستاذ محمد أبى زهرة ص٣٦٤ طبعة ١٩٣٨م ، والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ص٥٩٦ ، وعلم أصول الفقه للأستاذ محمد زكريا البرديسى ص١١٥ ، وانظر له أيضاً الأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية الطبعة الأولى ص ١٢٦ وانظر فى معنى البطلان أصول الفقه الإسلامى للأستاذ زكى الدين شعبان ص ٢٤٢ . والمدخل لدراسة الفقه الإسلامى للأستاذ محمد مصطفى شلبى ص ٣٦٥ .

(٢) جاء فى المصباح المنير جـ ٢ ص ٥٦ « كتاب الفاء مع السين وما يثلثهما طبعة ١٣١٦هـ : « فسد الشيء يفسد فسوداً من باب قعد فهو فاسد والاسم الفساد . . . والمفسدة خلاف المصلحة والجمع المفاسد » .

(٣) انظر البحر الرائق لابن نجيم جـ ٦ ص ٧٤ والبدائع جـ ٥ ص ٣٠٤ وتبيين الحقائق للزيلعى جـ ٤ ص ٤٥ ، وانظر المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٥٩٧ الطبعة الثانية وانظر له مباحث الحكم عند الأصوليين ص ١٥٧ — ١٥٩ . وانظر علم أصول الفقه للأستاذ محمد زكريا البرديسى ص١١٥ طبعة١٩٦١ ، وانظر له أيضاً الأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية فى بيان معنى الزواج الفاسد ص٢٣ الطبعة الأولى ١٩٦٦م وانظر فى معنى الفساد أصول الفقه الإسلامى للأستاذ زكى الدين شعبان ص ٢٤٣ .

أو شرط من شروطه لا إلى ركن من أركانه وذلك كالبيع بثمن مجهول .

وقد عرفته المادة ٢١٨ من مرشد الحيران بقولها : « العقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه أى أنه يكون صحيحاً باعتبار أصله لا خلل فى ركنه ولا فى محله فاسداً باعتبار بعض أوصافه الخارجة بأن يكون المعقود عليه أو بدله مجهولا جهالة فاحشة أو يكون مقروناً بشرط من الشروط الموجبة لفساد العقد ، والعقد الفاسد لا يفيد الملك فى المعقود عليه إلا بقبضه برضا صاحبه »[1] .

والعقد الفاسد تترتب عليه بعض الآثار دون بعض ففى البيع يثبت الملك للمشترى فى المبيع إذا قبضه بإذن البائع صراحة أو دلالة ولا يثبت له حق الانتفاع بالمبيع لأن هذا الملك ملك خبيث[2] .

والعقد الفاسد كالعقد الباطل لا ترد عليه الإجازة كما ترد على العقد الموقوف ، ومن ثم فإنه يعتبر متميزاً عنه ، فالفساد شيء والوقف شيء آخر ، ويجب على كل من المتعاقدين فسخه ولا ينتقل الملك فيه قبل القبض ، والفسخ مشروط بشرطين :

أولهما : بقاء المعقود عليه على ما كان عليه قبل القبض ، فلو تغير شكله بأن كان قمحاً فطحنه ، أو دقيقاً فخبزه ، أو هلك أو استهلك ، فإنه يمتنع الرد وإن كان الإثم باقياً .

ثانيهما : عدم تعلق حق الغير به فلو باعه لآخر بيعاً صحيحاً أو وهبه أو تصدق به وقبضه الموهوب له أو المتصدق عليه أو وقفه أو رهنه امتنع عليه الرد فى هذه الصور[3] .

---

(١) انظر فى نفس المعنى المادتين ١٠٩ ، ٣٦٤ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) انظر البدائع ج ٥ ص ٣٠٠ .

(٣) انظر البدائع ج ٥ ص ٣٠٠ وانظر المدخل لدراسة الفقه الإسلامى للأستاذ محمد مصطفى شلبي ص ٣٦٦ .

هذا ، وتقسيم العقد إلى باطل وفاسد وصحيح عند الحنفية غير ممكن إلا فى المعاملات[١] ، أما فى العبادات فلا تكون إلا صحيحة أو باطلة والفاسد منها يكون مرادفاً للباطل ، لأنها قربات خالصة والنهى عصيان ولا يتصور اجتماع نية القربة مع نية العصيان فالفاسد منها يكون فى حكم الباطل[٢] .

ونبين فيما يلى رأى الجمهور بالنسبة لتقسيم العقد من حيث الصحة والبطلان .

المبحث الثانى

أقسام العقد عند الجمهور

ذهب الأئمة الثلاثة مالك[٣] والشافعى[٤] وأحمد[٥] ، كما ذهب أهل

---

(١) جاء فى البدائع للكاسانى ج ٥ ص ٢٩٩ : « وقال الشافعى رحمه الله لا حكم للبيع الفاسد فالبيع عنده قسمان جائز وباطل لا ثالث لهما ، والفاسد والباطل سواء ، وعندنا الفاسد قسم آخر وراء الجائز والباطل » . وانظر فى نفس المعنى فتح القدير ج ٥ ص ٢٢٧/٢٢٩ والبحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٩١ ، والزيلعى ج ٤ ص ٦٢-٦٤ .

(٢) جاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٥ طبعة ١٢٩٨ هـ : « الباطل والفاسد عندنا فى العبادات مترادفان . وأما فى البيع فتباينان ، فباطله مالا يكون مشروعاً بأصله ووصفه ، وفاسده ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه » . وانظر أيضاً أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ على الخفيف ص ٣٥٦ الطبعة الثالثة ١٣٦٦ هـ/١٩٤٧ م . وانظر الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للأستاذ الشيخ محمد أبى زهرة ص ٣٦١ ، والمدخل للفقه الاسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور صفحة ٥٩٧ ، ومباحث الحكم عند الأصوليين ص ٩١ طبعة ١٩٦١ م ، وعلم أصول الفقه لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ١١٥ .

(٣) جاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٥٣ : « اعلم أن النهى عن الشىء إما لذاته كالدم والخنزير أو لوصفه كالخمر وهو الإسكار أو لخارج عنه لازم كصوم يوم العيد لأن صومه يستلزم الإعراض عن ضيافة الله ، فإن كان النهى لواحد مما ذكر كان مقتضياً للفساد ، وإن كان النهى عن الشىء لخارج عنه غير لازم كالصلاة فى الدار المغصوبة فلا يقتضى الفساد » .

(٤) جاء فى كتاب الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج ١ ص ١٨٧ : « وأما الفاسد فرادف للباطل عندنا وهو عند أبى حنيفة قسم ثالث مغاير للصحيح والباطل » . =

الظاهر(١) إلى أن العقد ينقسم قسمين فقط صحيح وباطل ، وإن شئت قلت صحيح وفاسد فلا فرق فى المعنى بين الباطل والفاسد فهما مترادفان عندهم متباينان عند الحنفية ، لأن جمهور الفقهاء لا يفرقون بين الخلل فى الأصل والخلل فى الوصف ، كما ذهب الأحناف إذ فرقوا بينهما ورتبوا على الخلل فى الأصل بطلان العقد ورتبوا على الخلل فى الوصف فساده . أما عند الجمهور فالعقد غير الصحيح لا يتنوع . فكل فعل أو عمل خالف أمر الشارع وطلبه سواء أكانت المخالفة راجعة إلى حقيقة الفعل وذاته أم إلى صفة من صفاته ، فبيع الجنين فى بطن أمه وبيع الحر والميتة والبيع بثمن مؤجل إلى وقت مجهول جهالة فاحشة كهبوب الريح أو نزول المطر وبيع ما لا يقدر البائع على تسليمه كل ذلك باطل أو فاسد عندهم وحكمهما هو عدم الانعقاد وانتفاء الآثار والأحكام التى وضع العقد فى الشرع لإفادتها .

= وفى المجموع للنووى ج ٩ ص ١٤٥ : « كتاب البيوع » : « أجمعت الأمة على أن التصرف فى المال بالباطل حرام سواء كان أكلا أو بيعاً أو هبة أو غير ذلك ... قال أهل المعانى الباطل اسم جامع لكل مالا يحل فى الشرع كالربا والغصب والسرقة والخيانة وكل محرم ورد به الشرع » . وجاء فى الأشباه والنظائر للسيوطى فى قواعد وفروع الشافعية ص ٧٧ « كتاب البيع » البيع أقسام : صحيح قولا واحداً وفاسد قولا واحداً » .

=(٥) جاء فى المغنى والشرح الكبير ج ٤ ص ٥٦ طبعة ١٣٤٧ هـ : « ومتى حكمنا بفساد العقد لم يثبت به ملك سواء اتصل به القبض أولا ولا ينفذ تصرف المشترى فيه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا غيره وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة يثبت الملك فيه إذا اتصل به القبض وللبائع الرجوع فيه » .

(١) جاء فى المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٢١ مسألة رقم ١٤٤٦ : « كل من باع بيعاً فاسداً فهو باطل ولا يملكه المشترى وهو باق على ملك البائع وهو مضمون على المشترى إن قبضه ضمان الغصب ... والثمن مضمون على البائع إن قبضه ولا يصححه طول الأزمان ولا تغير الأسواق ولا فساد السلعة ولا ذهابها ولا موت المتبايعين أصلا والملك إما صحيح وإما غير صحيح » . ويقول فى الرد على الحنفية فى قولهم بفكرة العقد الفاسد فى نفس الموضع : وإذا أقر الحنفية بأن الملك فاسد فقد قال تعالى : « والله لا يحب الفساد » . فلا يحل لأحد أن يحكم بإنفاذ مالا يحبه الله عز وجل قال تعالى : « إن الله لا يصلح عمل المفسدين » .

وجمهور الفقهاء يذهبون إلى أن كل عقد استكمل أركانه وشروطه على وجه تترتب عليه آثاره الشرعية إثر تمامه يعتبر عقداً صحيحاً ولا خلاف بينهم وبين الحنفية فى ذلك ، فالصحة عندهم جميعاً سواء فى العبادات أو المعاملات لا خلاف فيها فهى ترتب الآثار الشرعية على التصرف .

ويعتبر العقد الموقوف عقداً باطلا عند الشافعية على المذهب الجديد وكذا عند أهل الظاهر ، وفى إحدى الروايتين عند الحنابلة والشيعة الإمامية والزيدية والإباضية . فهم لا يقرون العقد إذا صدر ممن ليست له ولاية إصداره كبيع الفضولى وإجارته وهبته فيجعلونها عقوداً باطلة أو فاسدة على معنى الفساد أو البطلان عندهم ولا تصححها إجازة من له الحق فى الإجازة من ولى أو وصى أو مالك . أما عند المالكية فهم يقرون عقد الفضولى فيجعلونه صحيحاً موقوفاً على إجازة ذى الشأن فإن أجازه نفذ وإلا بطل وكذلك يقرون تصرفات الصبى المميز فى التصرفات المترددة بين النفع والضرر فيجعلونها أيضاً موقوفة على إجازة الولى أو الوصى أو إجازة الصبى نفسه بعد بلوغه وسنبين هذا تفصيلا فيما سيأتى[1] :

مرجع الخلاف بين الحنفية والجمهور

إن من يتأمل يجد أن مرجع الخلاف بين الحنفية والجمهور هو ورود بعض النصوص فى النهى عن العقود ، ومنها أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد نهى عن بيع الغرر ، كما نهى عن بيع المعدوم وقال : « لا تشتروا السمك فى الماء فإنه غرر »[2] ونهى عن بيع الميتة والخمر والخنزير إلى غير ذلك من

(١) انظر فى بيان ذلك آراء الفقهاء فى مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة وغير الصحيحة الباب الأول من القسم الأول من هذه الرسالة .

(٢) جاء فى فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ٤ ص ٢٨٤ طبعة ١٣٤٨ هـ : « فشراء السمك فى الماء نوع من أنواع الغرر ويلتحق به الطير فى الهواء والمعدوم والمجهول والآبق وغير ذلك ، قال النووى « النهى عن بيع الغرر أصل من أصول البيع » .

النصوص العديدة . وبالتأمل فى هذه النصوص نجد أن النهى فى بعضها قد يكون مرجعه إلى ما فى أحد أركان العقد من الخلل كما فى النهى عن بيع الخمر والخنزير فإن هذه الأشياء ليست مالا متقوماً ، وفى بعضها الآخر نجده راجعاً إلى وصف ملازم للعقد كما فى النهى عن بيع الغرر ومن هنا اختلف الفقهاء فى أثر هذا النهى : فذهب الجمهور إلى أن النهى مطلقاً يقتضى عدم وجود العقد شرعاً ويستوى فى هذا أن يكون النهى عن أصل العقد أو عن وصفه . أما الحنفية فقد فرقوا بين أمرين فقالوا : إن النهى إن كان راجعاً إلى أصل العقد ، بأن كان الخلل فى العاقد أو فى محل العقد أو فى الصيغة اقتضى الأمر بطلان العقد فلم يكن له وجود شرعاً . ولا يترتب عليه أى أثر من الآثار ، وإن كان النهى لوصف ملازم له اقتضى ذلك بطلان هذا الوصف ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد ، لأنه صدر من أهله فى محله فيكون العقد فاسداً .

وقد احتج الجمهور فى عدم التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد بأن نهى الشارع عن عقد يقتضى عدم وجوده شرعاً ، فإذا أقدم عليه إنسان فأنشأه مخالفاً بذلك أمر الشارع لم يكن ما أتاه عقداً فى نظره ولم يكن له وجود فى اعتباره وحكمه ، لأن الحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك فكل من العقد الباطل والفاسد منهى عنه شرعاً ، والنهى عنه حرام وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد ومن أدخل فى ديننا ما ليس منه فهو رد»[٢] فيستوى فى هذا أن يكون النهى عن أصل العقد أو عن وصفه [١].

---

(١) انظر فى بيان حقيقة النهى عند جمهور الفقهاء الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج ٢ ص ٢٧٥ وما بعدها . وانظر الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٧ . وانظر أيضاً أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ على الخفيف ص ٣٥٢ ، طبعة ١٩٤٧م . والملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للأستاذ الشيخ محمد أبى زهرة ص ٣٥٥ وما بعدها . والمدخل للفقه الاسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٥٩٨ — ٥٩٩ .

(٢) انظر فى هذا الجامع الصغير من حديث البشير النذير للحافظ جلال الدين عبد الرحمن ابن أبى بكر السيوطى ج ٢ ص ٥٣٩ مطبعة مصطفى محمد بمصر .

الرأى الذى نرجحه

إذا نظرنا إلى تقسيم العقد غير الصحيح عند كل من الأحناف وجمهور الفقهاء نجد أن رأى الحنفية إنما ينم عن الدقة ، فهم لا يجعلون الخلل فى الأصل كالخلل فى الوصف إذ هما لا يستويان ويرتبون على الأول البطلان وعلى الثانى الفساد وهى مرتبة لانظير لها عند جمهور الفقهاء ولا فى القوانين الوضعية .

وفى هذا يقول الأستاذ الدكتور السنهورى[1] : «فإيجاد مرتبة من البطلان هى مرتبة العقد الفاسد متميزة كل التميز عن مرتبة العقد الباطل هو فى ذاته كسب كبير فى الصناعة الفقهية وإذا كانت هذه المرتبة لا يحتاج إليها الآن الفقه الغربى بعد تطوره فلا ننسى أنها فى ذاتها عامل من العوامل الهامة فى تطور أى فقه والاستغناء عنها بعد أن تؤدى مهمتها لا يدل إلا على خطر هذه المهمة ، ولم تتابع المذاهب الأخرى الفقه الحنفى فى تمييز العقد الفاسد عن العقد الباطل بل خلطت بين النوعين فأصبح الغرر والربا والشرط كلها أسباباً لبطلان العقد ، ولا يتميز فى البطلان عقد باشره مجنون وعقد اقترن بشرط نافع لأحد العاقدين » .

---

(١) انظر فى هذا مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور السنهورى جـ ٤ ص ٣٠٠ طبعة ١٩٥٧ م .

المبحث الثالث

تقسيم العقد فى القانون المدنى

العقد فى القانون إما صحيح وإما باطل ، والباطل إما أن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً أو باطلاً بطلاناً نسبياً[١] .

فالعقد الصحيح هو ما توافرت فيه أركانه وشروطه جميعها ، وكان العاقد كامل الأهلية ورضاؤه غير معيب ، ومن ثم فإن آثاره تترتب عليه فور انعقاده ، وهو فى هذا لا يختلف فى مضمونه عما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية .

أما العقد الباطل بطلاناً مطلقاً[٢] فهو ما انعدم فيه ركن من أركانه ، أو فقد شرطاً من شروط المحل أو السبب ، فإذا انعدم فيه الرضا وذلك بفقد التمييز مثلا بأن كان العاقد مجنوناً أو صبياً غير مميز أو لم يوافق القبول فيه الإيجاب أو كان محل العقد مستحيلا أو انعدم فيه السبب أو كان غير مشروع . فى جميع هذه الحالات يعتبر العقد باطلا بطلاناً مطلقاً .

---

(١) ويلاحظ أن التفرقة بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً والعقد الباطل بطلاناً نسبياً لم يكن لها وجود فى القانون الرومانى فى العصر العلمى فهو لا يعترف إلا بنوع واحد من البطلان هو البطلان المطلق فالعقد إما صحيح وإما باطل ، وحينما تم اندماج قواعد القانون المدنى والقانون البريتورى فى نظام قانونى موحد فى عهد جستنيان ظهرت فكرة العقد الباطل بطلاناً مطلقاً والعقد القابل للابطال أو الباطل بطلاناً نسبياً (انظر فى بيان ذلك بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى ص ١٨١ — ١٨٢ للدكتور صوفى حسن أبو طالب) .

(٢) ويتميز البطلان عن الفسخ : فالبطلان يرجع إلى خلل فى تكوين العقد ، أما الفسخ فيفترض فيه أن العقد نشأ صحيحاً مستوفياً لكل شروطه ، ثم يحصل بعد ذلك أن أحد المتعاقدين لا يقوم بتنفيذ التزامه فيجيز هذا المتعاقد الآخر أن يتحلل من التزامه بطلب الفسخ ولذلك لا يكون الفسخ إلا فى العقود الملزمة للجانبين (انظر فى هذا الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى ص ٤٨٨ ورسالة الدكتور على حسن الذنون فى النظرية العامة للفسخ ص ٣٣ وما بعدها طبعة ١٣٦٤ هـ / ١٩٤٦م ، والالتزامات للدكتور سليمان مرقس ص ٣٢٩ وما بعدها طبعة ١٩٦٠ م) .

والعقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأنه معدوم ولكن يجوز عمله من جديد ، والدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم ولكن دعوى البطلان تسقط بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد (م ١٤١/٢ مدنى مصرى) ويتمسك بالبطلان المطلق كل من له مصلحة فى ذلك .

أما العقد القابل للابطال أو الباطل بطلاناً نسبياً فهو ما استوفى أركانه ولكن تخلف فيه شرط من شروط الصحة وهو ينتج جميع آثاره إنما يكون لمن شرع البطلان لمصلحته أن يطلب إبطال العقد ، وإذا تقرر البطلان زال العقد بأثر رجعى وكأنه لم يكن ، فإذا كان العاقد ناقص الأهلية لصغر سنه أو للحجر بسبب السفه أو الغفلة أو كان الرضاء مشوباً بعيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال كان العقد قابلا للإبطال أو باطلا بطلاناً نسبياً .

والعقد القابل للإبطال خلافاً للعقد الباطل تلحقه الإجازة كما يرد عليه التقادم ويتمسك ببطلانه من شرع الإبطال لمصلحته كناقص الأهلية ومعيب الإرادة[1] .

وفى التقنين المدنى العراقى قسم المشرع العقد إلى صحيح وباطل ونص على العقد الباطل فى المادة ١٣٧ منه بقوله : « الباطل هو ما لا يصح أصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض أوصافه الخارجة » . ثم أورد حكمه فى المواد من ١٣٨ إلى ١٤١ . فهو بهذا قد سوى بين باطل العقد وفاسده كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء من غير الحنفية .

---

(١) انظر فى تفصيل الموضوع وبيان تقسيم العقد إلى باطل ومنعدم وباطل بطلاناً نسبياً الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى ج١ ص٤٨٩ — ٤٩١ طبعة ١٩٥٢م ، وانظر فى إبطال العقد المواد ١٣٨ ، ١٣٩ ، ١٤٠ مدنى مصرى وفى بطلان العقد المواد من ١٤١ إلى ١٤٤ من نفس التقنين . وانظر أيضاً فى تقسيم العقد إلى باطل بطلاناً مطلقاً وباطل بطلاناً نسبياً مازو فى شرح القانون المدنى الفرنسى فى الالتزامات ج ٢ ص ٢٤٤ فقرة ٢٩٣ طبعة ١٩٦٢ م ، دى لاموراندير ج ٢ فقرة ٧٤٩ ص ٤٢٥ .

وعرف العقد الصحيح فى المادة ١٣٣ منه بأنه : « العقد المشروع ذاتاً ووصفاً بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخلل » . ونص فى الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه : « إذا لم يكن العقد الصحيح موقوفاً أفاد الحكم فى الحال » .

فالمشرع فى التقنين المدنى العراقى قد أخذ بفكرة العقد الموقوف من الفقه الإسلامى وأحلها محل فكرة العقد القابل للإبطال واعتبر العقد الصحيح إما نافذاً وإما غير نافذ أى موقوفاً على الإجازة ممن يملكها . ونص على أحكام العقد الموقوف فى المواد من ١٣٤ إلى ١٣٦ وسنتناول هذا كله بالبيان عند الكلام عليه فى موضعه من الرسالة .

خلاصة

نخلص من هذا الباب إلى أن الشريعة الإسلامية لها نظامها الخاص فى تقسيم العقد من حيث الصحة والبطلان والفساد والوقف والنفاذ واللزوم . وقد برع فقهاء الحنفية فى إبراز هذه التقسيمات وصياغتها صياغة فنية موفقة .

فهناك العقد الصحيح وينقسم إلى نافذ وغير نافذ أى موقوف ، وهناك العقد النافذ اللازم وهو ما كان خالياً من الخيارات ، وهناك العقد النافذ غير اللازم وهو ما كان فيه خيار من الخيارات أو كان بطبيعته غير لازم . وهناك العقد الباطل والعقد الفاسد وهذه المرتبة الأخيرة لا نظير لها فى فقه القانون . وقد انفرد بالقول بها الفقه الحنفى حيث فرق بين الخلل فى الأصل والخلل فى الوصف ورتب على الأول البطلان وعلى الثانى الفساد ولم يعتبرهما فى مرتبة واحدة ، فالخلل فى الأصل لا يساوى الخلل فى الوصف وهى تفرقة تنم عن الدقة وعن عمق الفكرة ، كما انفرد الفقه الإسلامى على ما هو معروف فى أغلب مذاهبه بالقول بفكرة العقد الموقوف .

أما فى فقه القانون فالعقد إما صحيح وإما غير صحيح . وغير الصحيح

إما أن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً وإما أن يكون باطلاً بطلاناً نسبياً أو قابلاً للإبطال ..

وقد أخذ المشرع فى التقنين المدنى العراقى بفكرة العقد الموقوف من الشريعة الإسلامية وأحلها محل فكرة العقد القابل للإبطال ..

وإذا ما انتهينا من هذا الباب التمهيدى فإننا نبدأ دراسة « نظرية العقد الموقوف » فى قسمين : فى القسم الأول نتكلم عن حقيقة العقد الموقوف ومحله وحكمه .

وفى القسم الثانى نتكلم عن بعض التطبيقات على هذه النظرية .

وستكون دراستنا للموضوع دراسة مقارنة بين فقهى الشريعة الإسلامية والتقنين المدنى المصرى والتقنين المدنى العراقى وكذا بعض التقنينات الأخرى كما سيتضح من الدراسة ..

القسم الأول

في

حقيقة العقد الموقوف ومحله وحكمه



الباب الأول

حقيقة العقد الموقوف وما يقابله فى القانون

الفصل الأول

التعريف بالعقد الموقوف وطبيعته وما يقابلهما فى القانون

المبحث الأول

التعريف بالعقد الموقوف وما يقابله فى القانون

المطلب الأول

التعريف بالعقد الموقوف فى الشريعة

الوقف فى اللغة : يقال وقفت الدابة وقفاً ووقوفاً سكنت ، ووقفت الدار وقفاً حبستها فى سبيل الله ، ووقفت الأمر على حضور زيد علقت الحكم فيه بحضوره ، ووقفت قسمة الميراث إلى الوضع أخرته حتى تضع[1].

أما فى الاصطلاح فقد اختلف الفقهاء فى تعريفه ونورد فيما يلى بعض التعريفات التى وردت فى كتب الفقه الحنفى ثم نناقشها ونبين أفضلها .

---

(١) انظر فى هذا : المصباح المنير ج ٢ ص ١٤٨ الطبعة الأولى ١٣١٦ هـ (كتاب الواو ــ الواو مع القاف وما يثلثهما) .

التعريف الأول : « العقد الموقوف ما تعلق به حق الغير وهو إما ملك الغير أو حق بالعقد لغير المالك »[١] .

ويناقش هذا التعريف بأنه يقصر مدلول العقد الموقوف على حالة التصرف فيما تعلق به حق للغير وهو إما ملك الغير كبيع الفضولي لمال هذا الغير أو إجارته أو رهنه ، أو كان فى التصرف حق لغير المتصرف كما فى بيع العين المرهونة والمستأجرة . والتعريف بهذا الوصف غير شامل لجميع أفراد المعرف ، لأنه قد لا يتعلق بالتصرف حق للغير ويكون موقوفاً على الإجازة وذلك كالتصرف الصادر من الصبي المميز فى ماله فى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة ، ومن ثم فإنه يعتبر تعريفاً غير شامل لجميع أفراد المعرف فيكون غير صحيح .

التعريف الثانى : « العقد الموقوف هو العقد الذى لا حكم له ظاهراً يعرف فى الحال »[٢] .

ويناقش هذا التعريف بأنه يحتاج إلى بيان وإيضاح فهو لم يبين لنا أن وقف نفاذ العقد أو تراخي حكمه وعدم إنتاجه لآثاره فى الحال يكون إلى حين إجازته شرعاً ممن يملك الحق فى ذلك .

---

(١) جاء فى البحر الرائق ج ٦ ص ٧٥ الطبعة الأولى بالمطبعة العلمية : « الموقوف ماتعلق به حق الغير وهو إما ملك الغير أو حق بالبيع لغير المالك وفى تبيين الحقائق للزيلعي ج ٤ ص ٤٤ : « وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لأجل غيره وهو بيع ملك الغير » . وانظر أيضاً رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٠٤ — ١٠٥ الطبعة الثالثة ١٣٢٥ هـ . وانظر فى إيراد هذا التعريف مقالا عن العقد الموقوف للدكتور محمد زكى عبد البر ص ٨ .

(٢) جاء فى البحر الرائق لابن نجيم ج ٥ ص ٢٨١ : « وأما شرائط النفاذ فالملك أو الولاية ... والثانى أن لايكون فى المبيع حق لغير البائع فإن كان لاينفذ كالمرهون والمستأجر ، واختلفت عبارات الكتب ففى بعضها أنه فاسد والصحيح أنه موقوف ويحمل الفساد على أنه لاحكم له ظاهراً وهو تفسير الموقوف عندنا وعلكان الإجازة دون الفسخ ويفسخه المشترى إن لم يعلم به أولا » . وانظر أيضاً مقال الدكتور زكى عبد البر عن العقد الموقوف ص ٧ .

التعريف الثالث : « العقد الموقوف هو العقد المشروع بأصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير »[١] .

ويمتاز هذا التعريف بأنه قد بين لنا أن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح فهو مشروع بأصله ووصفه ولا ينتج أثره فى الحال لتعلق حق الغير به ، إلا أنه لم يبين لنا أن التوقف يكون على صدور الإجازة ممن يملكها شرعاً .

والمستفاد من أقوال المالكية[٢] وفى إحدى الروايتين عند الحنابلة[٣] والشيعة الإمامية[٤] والزيدية[٥] والإباضية[٦] وعند الشافعية فى المذهب القديم[٧] عند كلامهم عن التصرفات الموقوفة كبيع ملك الغير أن العقد الموقوف هو ما تتوقف إفادته الحكم على الإجازة ممن يملكها شرعاً .

---

(١) مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٣٩ .

(٢) انظر فى فقه المالكية بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٤١ — ١٤٢ الطبعة الأولى ، والبهجة فى شرح التحفة للتسولى ج ٢ ص ٧٤ ، والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوق عليه ج٣ ص ١٢ ، وشرح عبد الباقى الزرقانى على مختصر خليل ج ٥ ص ١٩ مطبعة محمد مصطفى بمصر .

(٣) انظر فى فقه الحنابلة المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٥ — ٢٠٦ الطبعة الثالثة ١٣٦٧ هـ .

(٤) انظر فى فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملى ج ٤ ص ١٨٤ .

(٥) انظر فى فقه الشيعة الزيدية المنتزع المختار ج ٣ ص ٤١ فقد جاء فيه : « والموقوف ينعقد بالإجازة » .

(٦) انظر فى فقه الإباضية شرح النيل وشفاء العليل ج ٤ ص ١٣٦ .

(٧) جاء فى المجموع شرح المهذب فى فقه الشافعية ج ٩ ص ٢٥٩ « إدارة الطباعة المنيرية بمصر » ... والقول الثانى (وهو القديم) أنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك إن أجاز صح البيع وإلا لغا » وانظر أيضاً نهاية المحتاج ج ٣ ص ٢٣ — ٢٤ ، وانظر شرح متن البهجة للشيخ زكريا الأنصارى ج ٢ ص ٤٠٦ طبعة المطبعة اليمنية بمصر ، ومغنى المحتاج ج ٢ ص ١٥ مطبعة مصطفى محمد بمصر .

أما عند الشافعية فى المذهب الجديد[١] وعند أهل الظاهر[٢] وكذا فى الرواية الأخرى عند الحنابلة والشيعة الإمامية والزيدية والإباضية[٣]. فالعقد الموقوف يعتبر عقداً باطلا لصدوره من غير ذى ولاية شرعية، فالولاية عندهم شرط فى الانعقاد لا فى النفاذ على ما سنرى عند مناقشة أدلة كل من القائلين بالوقف والقائلين بالبطلان[٤].

ومن التعريفات التى وردت فى كتب الفقه الحديثة :

١ — « العقود والتصرفات الموقوفة هى التى لا يظهر أثرها فى المعقود عليه إلا بعد إجازتها إجازة معتبرة شرعاً ممن له حق الإجازة ومعنى كون هذه العقود موقوفة أنها لا توصف بنفاذ ولا ببطلان إلا بعد الإجازة أو الفسخ ممن له الشأن فى ذلك »[٥].

وهذا التعريف يمتاز بعمومه فيدخل تحته جميع التصرفات التى يتوقف نفاذها على الإجازة ممن يملكها شرعاً.

غير أنه لم يبين لنا أن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح.

٢ — « العقد الموقوف هو ما صدر من مالك غير أهل للاستقلال بصدور العقد كالصبي المميز فى عقود المعاوضات أو كان صادراً من غير

---

(١) انظر المراجع المذكورة فى الهامش السابق فقد عرضت فى نفس الموضع لرأى الشافعية الجديد وهو البطلان وللرأى القديم وهو القول بالوقف.

(٢) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٤٣٤ مسألة ١٤٦٠.

(٣) انظر فى فقه الحنابلة كشاف القناع جـ ٢ ص ١١ الطبعة الأولى، وفى فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملى جـ ٤ ص ١٨٥ — ١٨٦، وفى فقة الشيعة الزيدية المنتزع المختار جـ ٣ ص ٤١. وفى فقه الإباضية شرح النيل وشفاء العليل جـ ٤ ص ١٣٦.

(٤) انظر الفصل الثانى من هذا الباب تحت عنوان : « مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة وغير الصحيحة ».

(٥) انظر فى إيراد هذا التعريف المعاملات الشرعية للأستاذ أحمد أبى الفتح الجزء الأول ص ١٨٩ القاهرة ١٣٣٢ هـ — ١٩١٣ م.

ذى ولاية شرعية كالفضولى فتلحقه الإجازة ممن يملكها من ولى أو وصى أو من الصبي بعد بلوغه أو من مالك هو أهل للاستقلال بصدور العقد »(١).

ويناقش هذا التعريف بأنه لا يشمل حالة التصرف فيما تعلق به حق للغير كبيع العين المرهونة وكتصرف المدين المعسر فى مال تعلق به حق الغرماء .

٣ — « العقد الموقوف هو الذى لايترتب على إنشائه أى أثر من آثاره على الرغم من أنه عقد صحيح يعترف الشارع بوجوده بل يتوقف ترتب الأثر على إجازته ممن له حق مباشرته »(٢) .

وهذا التعريف يمتاز بعمومه فضلا عن أنه قد أوضح لنا أن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح .

وعلى ضوء ماتقدم نستطيع أن نعرف العقد الموقوف بأنه : « التصرف المشروع بأصله ووصفه الذى يتوقف ترتب أثره عليه بالفعل على الإجازة ممن يملكها شرعاً » .

فهذا التعريف يشمل تصرف الفضولى الذى يتصرف فى حق الغير بدون إذن شرعى ومن فى حكمه كالوكيل إذا تجاوز حدود الوكالة ، وكذا التصرف الصادر من الصبي المميز فى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة ، كما يشمل التصرف فيما تعلق به حق الغير كبيع المرهون وكتصرف المدين المعسر فى ماله تصرفاً يضر بحقوق دائنيه . ومن ثم فإنه يكون تعريفاً جامعاً شاملا لجميع أفراد المعرف .

---

(١) انظر مقالا فى العقود والشروط والخيارات منشور بمجلة القانون والاقتصاد ص ٦٧٣ السنة الرابعة ، العدد السادس ١٩٣٤ م للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم .

(٢) انظر فى هذا أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ على الخفيف ص ٣٥٦ الطبعة الثالثة ١٣٦٦ هـ — ١٩٤٧م . وانظر أيضاً المدخل للفقه الإسلامى لأستاذنا محمد سلام مدكور ص ٦٠٣ الطبعة الأولى ١٣٨١ هـ — ١٩٦٠ م .

المطلب الثانى

التعريف بما يقابل فكرة العقد الموقوف فى فقه القانون

فكرة العقد الموقوف بالمعنى الذى أورده فقهاء الشريعة الإسلامية لا نظير لها فى فقه القانون ولكن توجد فكرة العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلاناً نسبياً . فهذا العقد يقابل العقد الموقوف من حيث قابلية كل منهما للإبطال والإجازة ، ومن حيث الحالات التى يعالجها كل منهما على تفصيل فى ذلك سيتضح عند بيان حالات كل منهما .

فالعقد القابل للإبطال أو الباطل بطلاناً نسبياً هو ما اختل فيه شرط من شروط صحة التراضى ، فإذا صدر العقد من ناقص الأهلية كان باطلا بطلاناً نسبياً أى باطلا من جهة واحدة هى جهة ناقص الأهلية إذ البطلان قد تقرر لمصلحته . وإذا كان رضاء أحد العاقدين مشوباً بعيب بأن وقع هذا العاقد فى غلط أو تدليس أو إكراه أو كان ضحية استغلال كان العقد باطلا بطلاناً نسبياً أى يكون باطلا من جهة واحدة هى جهة من كان رضاؤه معيباً إذ البطلان قد تقرر لمصلحته .

وتختلف فكرة العقد الموقوف عن فكرة العقد القابل للإبطال فى أن الأخير ينتج جميع آثاره من وقت إبرامه فى حين أن الأول ، لا ينتج أثراً ما لم ترد عليه الإجازة .

ويتفق كل منهما مع الآخر فى ورود الإجازة عليه . غير أن إجازة العقد القابل للإبطال يقتصر أثرها على أن تبعد عنه عوامل الفناء وتقوى فيه عوامل الصحة وتؤيد ما أنتجه من آثار ، فهى لا تضيف إليه جديداً بل تقتصر على تأييده وصد عوامل الفناء عنه . أما إجازة العقد الموقوف فهى تسمح بأن تترتب عليه آثاره ، وبدونها لا ينتج العقد أثره شرعاً .

والقانون المدنى المصرى الحالى لم يذكر شيئاً عن العقد الموقوف ، بل اقتصر على بيان أثر العقد الصحيح وقصد به العقد الصحيح النافذ أى غير الموقوف ، ثم بين حكم العقد الباطل والعقد القابل للابطال[١] .

كما يقابل فكرة العقد الموقوف فى فقه القانون فضلا عن حالة العقد القابل للإبطال العقد غير السارى أو غير النافذ فى حق الغير . والعقد غير السارى أو غير النافذ هو الذى يتوقف على إقرار الغير له ، فبيع ملك الغير غير نافذ أو غير سار فى حق المالك الحقيقى فإذا أقره نفذ ، وكذلك العقد الصورى فهو صحيح فيما بين المتعاقدين وغير نافذ أو غير سار فى حق الغير ، وتصرف المريض مرض الموت غير نافذ فى القدر المحابى فيه فى حق الورثة والدائنين وتصرف المدين المعسر الضار بدائنيه غير نافذ أو غير سار فى حق الغرماء .

فعدم السريان فى فقه القانون معناه عدم نفاذ التصرف فى حق الغير مع بقائه صحيحاً نافذاً فيما بين المتعاقدين[٢] . فالعقد غير النافذ يشبه العقد الصحيح والعقد القابل للإبطال فى أنه ينتج أثره بين عاقديه منذ إبرامه ولكنه يختلف عنهما فى أنه لايحتج به على الغير ، كما يختلف عن العقد القابل للإبطال فى أنه لا يجوز لأحد العاقدين أن يطلب إبطاله ، ومن ثم فإن العقد غير النافذ لا يعتبر عقداً باطلا[٣] . فالبطلان هو الجزاء الذى فرضه القانون على

---

(١) انظر فى هذا الالتزامات للدكتور سليمان مرقس ص ٢٩٨-٣٠٠ طبعة ١٩٦٠م .

(٢) انظر فى هذا نظرية البطلان فى القانون المدنى المصرى للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوى ص ١٤١ ـ ١٤٢ ، (رسالة للدكتوراه) . القاهرة ١٩٥٣ م .

(٣) انظر فى التفرقة بين البطلان وعدم السريان فى شرح القانون المدنى الفرنسى فى الالتزامات بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ فقرة ٦٩١ ص ٢٥٦ طبعة ١٩٥٧ . وانظر ومازو ج ٢ ص ٢٤٥ فقرة ٢٩٥ . وانظر أيضاً نظرية الالتزامات للدكتور سليمان مرقس ص ٢٣٢ طبعة ١٩٦٠ م . ورسالة الدكتور عبد الودود يحيى فى «حوالة الدين» ص ١٩٦ إذ جاء بها : « وفكرة عدم السريان جعلها المشرع المصرى جزاء لحماية الحقوق المكتسبة =

عدم توفر ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته فهو عبارة عن انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير وهو بهذه المثابة يتميز عن عدم النفاذ أو عدم السريان ، فالعقد الباطل يقوم به هذا الوصف سواء بالنسبة إلى المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، أما عدم النفاذ فلا يكون إلا بالنسبة إلى الغير وهو الأجنبي عن العقد .

المبحث الثاني

طبيعة العقد الموقوف في الشريعة وما يقابله في القانون

المطلب الأول

طبيعة العقد الموقوف في الشريعة

تتميز التصرفات في فقه الشريعة الإسلامية في طرق ثبوت حكمها ، فمنها ما يثبت حكمه مقتصراً ، ومنها ما يثبت حكمه مستنداً ومنها ما يثبت حكمه بطريق الظهور والتبيين ، ومنها ما يثبت حكمه بطريق الانقلاب .

ونوضح ذلك فيما يلي ثم نبين خصائص العقد الموقوف وطبيعته على ضوء ذلك :

أولا — تصرفات تثبت أحكامها فور النطق بصيغتها بمعنى أنها تثبت وقت وجود السبب في الحال كإنشاء الطلاق والبيع بصيغة منجزة ويسمى هذا الاقتصار .

= والتي قصد بها حماية الغير من تصرف قانوني فيه إضرار به ، ففي مثل هذه الحالات ينتج التصرف القانوني آثاره فيما بين المتعاقدين ولكنه لا يكون نافذاً في حق الغير في الحدود التي يضر فيها بمصالحه ... وفكرة عدم السريان هي التفسير الصحيح لحوالة الدين بعقد بين المدين والمحال عليه » .

ثانياً — تصرفات يثبت حكمها عند حدوث الأمر اللاحق المعلقة عليه ويسمى هذا الانقلاب وهو صيرورة ما ليس بعلة علة ، كما إذا علق الطلاق بشرط فعند وجود الشرط ينقلب ما ليس بعلة علة .

ثالثاً — تصرفات يظهر أن حكمها كان ثابتاً من قبل ، كما إذا قال لامرأته : إذا حضت فأنت طالق لا يقضى بوقوع الطلاق ما لم يمتد ثلاثة أيام فإذا تمت ثلاثة أيام حكمنا بوقوع الطلاق من حين حيضها ويسمى هذا التبيين .

رابعاً — أحكام تثبت بطريق الاستناد أو ما يسمى بالأثر الرجعى وهو ثبوت الحكم فى الحال مستنداً إلى ما قبله أو إلى وقت إجراء التصرف ، وذلك كبيع الفضولى ، فإنه إذا أجيز فإن الحكم يثبت من وقت وجود السبب ولو كانت الإجازة بعده بزمن متى كانت مستوفية لشرائطها الشرعية . ويشترط لتحقق الاستناد قيام المحل أو المعقود عليه حال ثبوت الحكم إلى الوقت الذى استند إليه[1] .

ونحن إذا تأملنا نجد أن طبيعة العقد الموقوف تتلخص فى أن من أحكامه ما يقع حكمه مستنداً بالإجازة إلى وقت إنشائه وذلك كبيع الفضولى لمال الغير فإنه إذا أجيز يكون كالتصرف النافذ ابتداء فالإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . كما أن من أحكامه ما يثبت مقتصراً على وقت صدور

---

(١) جاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ٢ ص ١٥٨ : « الأحكام تثبت بطرق أربعة : الاقتصار كما إذا أنشأ الطلاق ... والانقلاب وهو انقلاب ماليس بعلة علة كما إذا علق الطلاق أو العتاق بشرط فعند وجود الشرط ينقلب ماليس بعلة علة. والاستناد وهو أن يثبت فى الحال ثم يستند . والتبيين وهو أن يظهر فى الحال أن الحكم كان ثابتاً من قبل .. كما إذا قال لامرأته إذا حضت فأنت طالق لايقضى بوقوع الطلاق من حين حاضت وتشترط المحلية فى الاستناد دون التبيين وكذا الاستناد يظهر فى القائم دون المتلاشى » . وانظر أيضاً المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور هامش (١) ص ٦١٥ — ٦١٦ الطبعة الأولى ١٣٨٠ هـ — ١٩٦٠ م .

الإجازة وذلك كطلاق الفضولى فلا يقع الطلاق الواقع قبلها[1] .

المطلب الثانى

طبيعة العقد القابل للإبطال والعقد غير السارى فى القانون

عرفنا أن العقد القابل للإبطال أوالباطل بطلاناً نسبياً ، وكذلك العقد غير السارى أو غير النافذ فى فقه القانون يقابلان فى حدود معينة فكرة العقد الموقوف فما طبيعة كل منهما ؟

العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلاناً نسبياً ينتج جميع آثاره من وقت انعقاده إلى أن يطلب إبطاله من له مصلحة فى ذلك ، كناقص الأهلية ، أو من شاب إرادته عيب من عيوب الرضا وهى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ، وإجازة هذا العقد فى حقيقة الأمر لا تضيف إليه جديداً بل تقتصر على تأييده وتقوية عوامل الصحة فيه وتأكيد ما أنتجه من آثار وإبعاد عوامل الفناء عنه .

ومن هذا يتبين أن العقد الموقوف يختلف عن العقد القابل للإبطال إذ لا ينتج الأول أثره إلا إذا أجيز وهو بدون الإجازة لا تكون له فائدة ولا يرتب أثره إلا بعد إجازته . أما الثانى كما بينا فإنه ينتج أثره إلى أن يقضى ببطلانه وهذا هو الفرق الأساسى بين طبيعة كل منهما غير أنهما يتفقان فى قبول كل منهما للإجازة ، وللإبطال فى كل منهما أثر رجعى .

وكذلك فإن العقد غير السارى أو غير النافذ فى فقه القانون يتفق فى طبيعته مع العقد الموقوف فى أن كلا منهما لا يرتب أثره بالنسبة إلى الغير

---

(١) انظر فى هذا الباب الثالث من هذا القسم (فى حكم العقد الموقوف بعد إجازته) .

إلا بعد إقراره ، بالنسبة للأول ، وبعد إجازته بالنسبة للثانى ؛ ويختلفان فى أن الأول ينتج أثره فيما بين المتعاقدين من وقت التعاقد ، أما الثانى وهو الموقوف فلا ينتج أثراً بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بعد إجازته ممن له حق الإجازة شرعاً .

وبالمقارنة بين طبيعة العقد الموقوف وطبيعة كل من العقد القابل للإبطال والعقد غير السارى أو غير النافذ ، نجد أن الأول يمتاز عنهما من ناحية عدم إنتاجه لأى أثر من آثاره إلا بعد إجازته ممن له حق الإجازة شرعاً لأن الضرر يتحقق فى النفاذ لا فى انعقاد التصرف موقوفاً على الإجازة فالأولى هو القول بالوقف إلى أن يجاز التصرف لا أن ينفذ ثم يطلب إبطاله من له مصلحة فى ذلك .

الفصل الثانى

مكانة العقد الموقوف بين العقود الأخرى
وما يقابله فى القانون

انتهينا إلى أن العقد الموقوف هو التصرف الصحيح الذى يتوقف ترتب أثره عليه بالفعل على الإجازة ممن يملكها شرعاً .

ونوضح هنا مكانته بين العقود الأخرى . فنبين هل هو قسم من أقسام العقد الصحيح أم هو عقد باطل؟ ثم نبين مكانته بين العقود المنجزة والمضافة والمعلقة .

المبحث الأول

مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة وغير الصحيحة فى الشريعة وما يقابله فى القانون

المطلب الأول

مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة وغير الصحيحة فى الشريعة

يرى الحنفية أن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح ، وأن العقد الصحيح ينقسم إلى نافذ وغير نافذ أى موقوف . ويقولون إن الموقوف ينطبق عليه تعريف الصحيح وحكمه فهو كالصحيح مشروع بأصله ووصفه إذ قد توافر فيه الرضا الصادر عن أهلية كاملة أو قاصرة ، وهو كالصحيح

لا يتوقف حكمه على القبض وليس توقف حكمه على الإجازة إلا كتوقف العقد الذى فيه خيار على إسقاطه وهذا الأخير عقد صحيح[١] .

وإلى ما جنح إليه الحنفية ذهب المالكية فالتصرف الموقوف عندهم يرد على بيع الفضولى وشرائه[٢] ، وكذا تصرف الصغير المميز المحجور

---

(١) جاء فى البحر الرائق جـ ٦ ص ٧٦ الطبعة الأولى بالمطبعة العلمية : « والمشايخ طريقان فمنهم من يدخل الموقوف تحت الصحيح فهو قسم منه وهو الحق لصدق التعريف وحكمه عليه فإنه ما أفاد الملك من غير توقف على القبض ولا يضر توقفه على الإجازة إلا كتوقف البيع الذى فيه الخيار على إسقاطه ، ومنهم من جعله قسيما للصحيح وعليه مشى الشارح الزيلعى فإنه قسمه إلى صحيح وباطل وفاسد وموقوف وقسمه فى فتح القدير إلى جائز وغير جائز وهو ثلاث : باطل وفاسد وموقوف فجعله من غير الجائز وبدأ بالجائز النافذ » . وجاء فى تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٤ ص ٤٤ تحت عنوان (البيع الفاسد) البيع على أربعة أقسام صحيح وهو المشروع بأصله ووصفه ويفيد الحكم بنفسه إذا خلا عن الموانع ، وباطل وهو غير مشروع أصلا ، وفاسد وهو مشروع بأصله دون وصفه وهو يفيد الحكم إذا اتصل به القبض وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لأجل غيره وهو بيع ملك الغير » . وجاء فى فتح القدير جـ ٥ ص ١٨٤ — ١٨٥ تحت عنوان (باب البيع الفاسد) البيع جائز وغير جائز وغير الجائز ثلاثة أنواع : باطل ، وفاسد ... وموقوف .

والصحيح فى المذهب أن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح ، فالصحيح إما نافذ وإما غير نافذ أى موقوف . ويؤيد ذلك ما جاء فى كتبهم : ففى الدر المختار جـ ٤ ص ١٠٤ : « البيع الموقوف من قسم الصحيح » . وفى مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر جـ ٢ ص ٣٩ طبعة ١٣١٩ هـ : « وموقوف وهو المشروع بأصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير » . وانظر أيضاً رد المحتار لابن عابدين جـ ٤ ص ١٠٤ و فتح القدير جـ ٥ ص ٣٠٩ — ٣١١ والبدائع جـ ٥ ص ١٤٩ — ١٥٠ .

(٢) جاء فى كتاب القوانين الفقهية لابن جزىء ص ٢٣٨ طبع مطبعة النهضة بتونس ١٣٤٤ هـ /١٩٢٦م : « فأما الشراء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه كذلك فهو بيع الفضولى فينعقد ويتوقف على إذن ربه » . وانظر أيضاً فى نفس المعنى بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ١٤١ — ١٤٢ الطبعة الأولى بمصر ، والبهجة فى شرح التحفة جـ ٢ ص ٧٤ طبعة ١٣٠٤ هـ بالمطبعة البهية بمصر ، وانظر كذلك الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٣ ص ١١—١٢ ، وشرح عبد الباقى الزرقانى على مختصر خليل جـ ٥ ص ١٩ مطبعة محمد مصطفى بمصر .

عليه ومن فى حكمه كالسفيه بالنسبة لتصرفاته المالية كالبيع[1] والتصرف فيما تعلق به حق الغير كبيع المرهون[2] ، وكذا تصرف الوكيل إذا تجاوز حدود الوكالة المرسومة[3] .

ويتفق مع الحنفية والمالكية الحنابلة فى إحدى الروايتين فى المذهب[4] كما يتفق معهم الشافعية فى المذهب القديم ، وحكى عن المذهب الجديد أيضاً القول بالوقف على الإجازة[5] .

---

(١) جاء فى مواهب الجليل على شرح مختصر خليل للحطاب ج ٤ ص ٢٤٦ الطبعة الأولى ١٣٢٩ هـ بمصر : « وإذا باع السفيه أو اشترى أو الصغير فى حال حجره بغير إذن وليه فإنه يوقف على نظر وليه بذلك » .

(٢) انظر فى وقف بيع المرهون حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ١١ ـ ١٢ ومواهب الجليل للحطاب ج ٥ ص ٢٢ .

(٣) الحطاب ج ٥ ص ٢٠٥ .

(٤) جاء فى المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٥ ـ ٢٠٦ الطبعة الثالثة ١٣٦٧ هـ : « وإن اشترى بعين مال الآخر أو باع بغير إذنه أو اشترى لغير موكله بعين ماله أو باع ماله بغير إذنه ففيه روايتان : إحداهما البيع باطل ويجب رده ... والثانية البيع والشراء صحيحان ويقف على إجازة المالك فإن أجازه نفذ ولزم البيع وإن يجزه بطل » . وانظر أيضاً القواعد لابن رجب ص ٤١٩ ـ ٤٢١ الطبعة الأولى بمصر ١٣٥٢ هـ / ١٩٣٣ م . وفى كتاب العقود لابن تيمية ص ٢٢٥ : « قد بينا . أن مذهب أحمد أن ما احتيج إلى وقفه من العقود وقف » . وفى نفس المرجع ص ٢٢٦ : « الراجح فى الدليل والذى عليه أكثر المسلمين جواز وقف العقد فى الجملة وليس فى هذا محذور أصلا والعقد الموقوف يقع جائزاً » . وانظر له أيضاً مجموعة الرسائل الكبرى ج ٢ ص ٢٧١ ـ ٢٧٤ طبعة ١٣٢٣ هـ .

(٥) جاء فى متن البهجة للعلامة بن الوردى ج ٢ ص ٤٠٦ المطبعة الميمنية بمصر : « وفى القديم عقد الفضولى موقوف على الإجازة » . وفى شرح البهجة للأنصارى على المتن المذكور فى نفس الموضع : « وفى القديم موقوف وحكى عن الجديد أيضاً » . وفى مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٥ وفى القديم تصرفه (الفضولى) موقوف وقبل التصرف صحيح والموقوف الملك كما نقله الرافعى عن الإمام كما مر على الإجازة إن أجاز مالكه أو وليه نفذ بفتح الفاء المعجمة أى مضى وإلا فلا ينفذ . وهذا القول نص عليه فى الأم ونقله جماعة عن الجديد وقال فى زيادة الروضة إنه أقوى من جهة الدليل » . وفى المجموع ج ٩ ص ٢٥٩ : « والقول الثانى وهو القديم أنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك إن أجاز صح البيع وإلا لغا .... وهو نص للشافعى فى البويطى وهو من الجديد ... فصار للشافعى قولان فى الجديد أحدهما موافق للقديم » .

وفى نهاية المحتاج ج ٣ ص ٢٤ : « الصحة ناجزة والموقوف على الإجازة هو الملك ـ فى القديم وحكى عن الجديد أيضاً عقده موقوفاً على رضاء المالك بمعنى إن أجاز مالكه أو وليه العقد نفذ وإلا فلا » .

وإلى هذا جنح الشيعة الإمامية(١) والزيدية(٢) والإباضية(٣) فى إحدى الروايتين عندهم .

ويقابل هذا الرأى القائل بأن العقد الموقوف يعتبر قسما من أقسام العقد الصحيح ما ذهب إليه الشافعية(٤) فى المذهب الجديد والحنابلة(٥)

---

(١) انظر فى هذا مفتاح الكرامة للعاملى جـ ٤ ص ١٨٤ فقد جاء فيه : « بيع الفضولى موقوف على رأى وقد أشار إلى ذلك فى جامع المقاصد وقال فى المبسوط من باع مالا يملك كان البيع باطلا » .

(٢) جاء فى كتاب المنتزع المختار فى فقه الشيعة الزيدية جـ ٣ ص ٤١ : « وعقد غير ذى الولاية وهو من ليس بمالك للمبيع ولا وكيل للمالك .ولا ولى له وكذا المشترى يشترى لغيره من غير ولاية فكل واحد يسمى فضوليا فى اصطلاح أهل الفروع فعقدها بيعاً وشراء غير نافذ فى الحال بل موقوف . . . وقال الناصر لا يصح البيع الموقوف ولا الشراء الموقوف » .

(٣) جاء فى كتاب النيل وشفاء العليل جـ ٤ ص ١٣٦ فى فقه الإباضية : « وينعقد عند بعضنا وعند المالكية بيع فضولى وشراؤه وسائر العقود وقيل لاينعقد وعليه الشافعى وبعضنا » .

(٤) جاء فى كتاب نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج جـ ٣ ص ٢٣ — ٢٤ : « الشرط الرابع من شروط البيع الملك ... فبيع الفضولى وشراؤه وسائر عقوده فى عين لغيره أو فى ذمة غيره كقوله اشتريت له كذا بألف فى ذمته وهو من ليس بوكيل ولا ولى للمالك باطل » . وانظر أيضاً الوجيز للغزالى جـ ١ ص ١٣٤ طبعة ١٣١٧ هـ والمهذب للشيرازى جـ ١ ص ٢٦١ — ٢٦٢ وفتاوى الرملى جـ ٢ ص ١١٤ بهامش الفتاوى الكبرى لابن حجر والأشباه والنظائر للسيوطى (كتاب البيع) ص ٤٧٧ .

(٥) انظر فى هذا كشاف القناع جـ ٢ ص ١١ الطبعة الأولى ١٣١٩ هـ فقد جاء فيه : « فإن باع ملك غيره بغير إذنه لو بحضرته وسكوته لم يصح البيع ولو أجازه المالك بعد لفوات شرطه » . وفى كتاب نيل المآرب بشرح دليل الطالب ص ٩٩ : « أن يكون المبيع ملكاً للبائع وقت العقد وكذا الثمن أو مأذوناً له أى لبائعه فيه أى فى بيعه من مالكه أو من الشارع كالأب يتصرف فى مال ولده الصغير وكالحاكم يتصرف فى مال اليتيم والغائب وقت العقد . ولو ظن المالك أو المأذون له عدم الملك والإذن له فى بيعه لأن الاعتبار فى المعاملات بما فى نفس الأمر لا بما فى ظن المكلف فلا يصح بيع الفضولى ولا شراؤه ولو أجيز تصرفه بعد العقد »

والشيعة الإمامية[1] والزيدية[2] والإباضية[3] فى إحدى الروايتين عندهم ، وكذلك أهل الظاهر[4] فقد قالوا إن العقد الموقوف يعتبر عقداً باطلا لصدوره ممن ليست له ولاية التصرف ، لأن الولاية عندهم شرط فى الانعقاد لا فى النفاذ .

ومن ثم فإننا نخلص إلى أن فى المسألة رأيين :

١ — رأى يقول بأن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح ، وأن الصحيح منه النافذ ومنه غير النافذ أى الموقوف .

٢ — ورأى يقول بأنه عقد باطل .

ونبين فيما يلى أدلة كل من الرأيين .

أدلة الرأى الأول

احتجوا بالنص وبالقياس وبالمصلحة وبالمعقول .

أولا — النص :

(ا) من الكتاب :

احتجوا بعموم ما ورد فى القرآن مثل قوله تعالى : « وأحل الله

---

(١) مفتاح الكرامة للعاملى ج ٤ ص ١٨٥ — ١٨٦ .

(٢) المنتزع المختار ج ٣ ص ٤١ وما بعدها « فصل فى البيع الموقوف وأحكامه والشراء الموقوف وعقد غير ذى الولاية » .

(٣) انظر فى فقه الإباضية النيل وشفاء العليل ج ٤ ص ١٣٦ .

(٤) أنظر فى فقه أهل الظاهر المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٣٤ فقد جاء فيه : « ولا يحل لأحد أن يبيع مال غيره بغير إذن صاحب المال له فى بيعه فإن وقع فسخ أبداً سواء كان صاحب المال حاضراً يرى ذلك أو غائباً ولا يكون سكوته رضاً بالبيع طالت المدة أم قصرت ولو بعد مائة عام أو أكثر بل يأخذ ماله أبداً هو وورثته بعده ، ولا يجوز لصاحب المال أن يمضى ذلك البيع أصلا إلا أن يتراضى هو والمشترى على ابتداء عقد بيع فيه » .

البيع »[١] . وقوله جل شأنه : « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »[٢] . وقوله سبحانه : « فإذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله »[٣] .

ووجه الدلالة من هذه الآيات أن الله سبحانه شرع البيع والتجارة وابتغاء الفضل ، فهذه النصوص عامة تشمل حل البيع سواء أكان نافذاً أو موقوفاً وسواء وجد الرضا من المتعاقدين فى الابتداء ، أم وجد عند صدور الإجازة ممن يملكها فى الانتهاء ، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل[٤] .

كما استدلوا بقوله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى »[٥] . ووجه الدلالة من هذه الآية أن عمل الفضولى ومن فى حكمه ممن ينعقد تصرفهم موقوفاً يعتبر من قبيل التعاون على البر فيكون مشروعاً[٦] .

(ب) من السنة :

قال الكرخى حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزى قال حدثنا الحسن بن القزاز قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة حدثنا الحى عن عروة البارق أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشترى به أضحية فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبى صلى الله عليه وسلم فى بيعه بالبركة فكان لو اشترى تراباً ربح فيه » .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٧٥ ج ٣ .

(٢) سورة النساء آية ٢٩ ج ٥ .

(٣) سورة الجمعة آية ١٠ ج ٢٨ .

(٤) انظر البدائع للكاسانى ج ٥ ص ١٤٨ — ١٤٩ .

(٥) سورة المائدة آية ٢ ج ٦ .

(٦) انظر الفروق للقرافى ج ٣ ص ٢٤٣ .

وفى رواية حدثنا محمد بن كثير عن سفيان حدثنا أبو حصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام[1] أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث به بدينار ليشترى له أضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع واشترى أضحية بدينار وجاء بدينار إلى النبي صلى الله عليه وسلم فتصدق به ودعا له أن يبارك فى تجارته ». رواه أبو داود فى البيوع وروى هذا الحديث الترمذى من طريق أبى كريب عن أبى بكر بن عياض عن أبى حصين عن حبيب بن أبى ثابت عن حكيم بن حزام »[2].

ووجه دلالة هذا الحديث على توقف التصرف أن عروة باع الشاة التى اشتراها للنبي صلى الله عليه وسلم بدون أمره، ولم يبطل عقده بل أقره على ذلك فدل على أن مثل هذا التصرف صحيح ينتج آثاره بالإقرار أو بالإجازة، ولو كان باطلا لرده وأنكر عليه، ولأن ركن التصرف صدر من أهله مضافاً إلى محله ولا ضرر فى انعقاده موقوفاً فينعقد، ومن المعلوم أن حكيما لم يكن مأموراً ببيع الشاة فلو لم ينعقد تصرفه لما باع ولما دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والبركة على ما فعل ولأنكر عليه لأن الباطل ينكر ولأن تصرف العاقل محمول على الوجه الأحسن ما أمكن، وقد أمكن حمله على الأحسن ههنا لأنه قصد البر والإحسان والإعانة على ما هو خير للمالك[3].

---

(١) حكيم بن حزام هو ابن أخ السيدة خديجة بنت خويلد زوج الرسول صلى الله عليه وسلم وكان يكنى أبا خالد أسلم يوم الفتح وأسلم معه أولاده وهم هشام وخالد وعبد الله وكلهم قد صاحب النبي وكان حكيم معمراً فقد عاش فى الجاهلية ستين سنة وفى الإسلام ستين سنة وكان من المؤلفة قلوبهم ثم حسن إسلامه ومات بالمدينة سنة ٥٤ هـ (انظر فى هذا المعارف لابن قتيبة ص ١٣٥).

(٢) انظر فى تخريج هذا الحديث نصب الراية جـ ٤ ص ٩٠ — ٩١ الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ — ١٩٣٨ م.

(٣) انظر فى هذا تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٤ ص ١٠٢ الطبعة الأولى ١٣١٤ هـ، وفتح القدير جـ ٥ ص ٣٠٩ — ٣١٠، والبحر الرائق لابن نجيم جـ ٦ ص ١٦٠، والبدائع جـ ٥ ص ١٤٩، والعناية للبابرتى جـ ٥ ص ٣١١ ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر جـ ٢ ص ٧٢ طبعة ١٣١٩ هـ.

إلا أنه يمكن القول بأنه قد يكون فى هذه التصرفات ضرر فى الجملة لأن للناس رغائب فى الأعيان ففى مثل هذه الحالة ينبغى أن يتوقف التصرف على إجازة المالك ، فلا يجوز القول بإهدار تصرفه وإلحاق كلامه وقصده بكلام المجانين وقصدهم مع ندب الله عز وجل إلى ذلك وحثه عليه[١] .

وقد وجه إلى هذا الحديث بأن فى رواية أبى داود رجلا مجهولا لا يدرى من هو وما كان هذا سبيله من الرواية لم تقم به حجة قال البيهقى فى ضعف حديث حكيم من أجل هذا الشيخ .

وفى رواية الترمذى أن حبيباً لم يسمع من حكيم . قال الترمذى بعد أن روى الحديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه . وحبيب عندى لم يسمع من حكيم وعلى ذلك فيكون الحديث منقطعاً .

قال صاحب تكملة فتح القدير إذا ثبت أن حبيباً لم يسمع من حكيم دخل فى الإرسال عندنا[٢] . أقول وعلى ذلك فيصح الاحتجاج به اتفاقاً . أما الأئمة الثلاثة فلاحتجاجهم بالمرسل وأما الشافعى فلتوفر شرط الاحتجاج بالمرسل عنده فقد عضد بالحديث المسند وبأثر على رضى الله تعالى عنه وبالإجماع[٣] .

(١) انظر البدائع للكاسانى جـ ٥ ص ١٤٩ . وانظر فى استدلال المالكية بهذا الحديث بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ١٤١ الطبعة الأولى بمصر . وفى فقه الشافعية فى المذهب القديم المجموع شرح المهذب جـ ٩ ص ٢٥٩ وما بعدها ، ومتن البهجة وشرحها جـ ٢ ص ٤٠٦ ، ومغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٥ ، ونهاية المحتاج جـ ٣ ص ٢٤ . وفى فقه الحنابلة المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٢٠٥/٢٠٦ ، والقواعد لابن رجب ص ٤١٩ — ٤٢١ الطبعة الأولى ١٣٥٢ هـ . وفى فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملى جـ ٤ ص ١٨٤ . وفى فقه الشيعة الزيدية البحر الزخار لابن المرتضى جـ ٣ ص ٣٢٩ ، والمنتزع المختار جـ ٣ ص ٤١ وما بعدها ، وفى فقه الإباضية النيل وشفاء العليل جـ ٣ ص ١٣٦ .

(٢) انظر تكملة فتح القدير جـ ٦ ص ٢٥٥ .

(٣) انظر التقرير والتحبير جـ ٢ ص ٢٨١ . وانظر فى شروط احتجاج الشافعية بالحديث المرسل بحث فى الأدلة المتعارضة ووجوه ترجيحها للأستاذ بدران أبو العينين بدران بمجلة كلية الحقوق بجامعة الأسكندرية — العدد الثالث والرابع السنة العاشرة ص ٣٣٦/٣٣٧ .

ونوقش الحديث بأن المحدث لشبيب الحي ، وما كان هذا سبيله من الرواية لم تقم به حجة للجهالة التي في سنده فلا يتم الاستدلال به . كما أن إخراج البخاري له لا يدل على صحته فإننا نرى كثيراً من الأحاديث المرسلة والمعلقة مذكورة في البخاري وهي ليست بجارية على شرطه فلا صحيح عنده إلا ما يورده بسند موصول .

جاء في البخاري[1] : « حدثنا علي بن عبدالله المديني حدثنا سفيان حدثنا شبيب بن غرقدة قال سمعت الحي يحدثون عن عروة أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري له به شاة فاشترى له بالدينار شاتين فباع إحداهما بدينار وجاء بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه ، وكان لو اشترى التراب لربح فيه قال سفيان كان الحسن به عمارة جاء بهذا الحديث عن شبيب قال[2] سمعه من عروة فأتيته[3] فقال لم أسمعه من عروة بل سمعت الحي يخبرون بالحديث عنه ولكن سمعته يقول سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول الخير معقود بنواصي الخيل إلى يوم القيامة » .

ونوقش حديث البخاري من وجوه :

الوجه الأول : أن في سنده من لم يسم فلا يصح الاستدلال به .

الوجه الثاني : أن ذكر البخاري لإنكار شبيب سماعه من عروة دليل على تضعيفه لصدر الحديث وإنما أورده لأنه لما خرج حديث الخيل انجر به سياق القصة إلى حديث الشاة صحيحاً عنده لإخراجه في كتاب البيوع والوكالة كما هو دأبه في الأحاديث المشتملة على الأحكام أن يذكرها في الأبواب التي تصلح لها فعدم تخريجه لهذا الحديث إلا في موضع الكلام عن

---

(١) إرشاد الساري للقسطلاني جـ ٧ ص ٣١٧ — ٣١٨ .

(٢) قال الحسن سمعه أي سمع شبيب من عروة .

(٣) أي أتى سفيان شبيباً .

الخيل دليل على عدم صحة صدره وألا عبرة إلا بعجزه ·

الوجه الثالث : لا اعتداد بأن الحسن بن عمارة قال إن شبيباً سمعه من عروة فالحسن بن عمارة أحد الفقهاء المتفق على ضعف حديثهم ، ففى التهذيب قال محمود بن غيلان عن أبى داود الطيالسى قال شعبة أتيت جرير بن حازم فقلت له لايحل لك أن تروى عن الحسن بن عمارة قال جرحه عندى سفيان الثورى وشعبة بن حجاج فبقولهما تركت حديثه وقال بن حبان كان يدلس على الثقاة وقصارى القول فيه أنه متروك الحديث ·

وأجيب عن المناقشة الأولى بأن ذكر الحى فى الحديث لا يلزم منه الجهالة فى السند المفضية إلى عدم صحة الاستدلال به بل إن ذكر الحى مشعر بأن شبيباً لم يسمعه من رجل واحد بل سمعه من رجال متعددين ربما يفيد خبرهم القطع به ·

وأجيب عن المناقشة الثانية بأن ذكر البخارى إنكار شبيب سماعه من عروة لا يدل على تضعيف البخارى لصدره بل أراد بذكر الإنكار نقل الحديث بوجه آكد إذ فيه إشعار بأن الحديث سمع من جماعة يمتنع تواطؤهم على الكذب .

أما كون الحديث جر إليه سياق القصة فذلك مسلم لكن لا يلزم منه أنه غير منطبق على شروط البخارى إذ السماع من متعددين أقوى من السماع من واحد وفى السماع من الحى سماع من متعددين ربما يفيد خبرهم القطع به لا سيما وقد ورد ما يعضده .

وأجيب عن المناقشة الثالثة بأن الحسن بن عمارة وإن كان متروك الحديث فهو لم يثبت شيئاً بقوله فقد وجد للحديث متابع عن أحمد وأبى داود والترمذى وابن ماجه من طريق سعيد عن أبى لبيد . ثم بعد هذه الإجابات الثلاثة التى لا يسع المعارض إلا الإذعان لها لا نرى بأساً من

ترجيح صحة الحديث وبذلك يتم الإستدلال به من هذا الطريق على مشروعية العقد الموقوف وانعقاد التصرف الصادر من غير ذى ولاية شرعية كالفضولى ومن فى حكمه كالوكيل إذا تجاوز حدود الوكالة صحيحاً موقوفاً على الإجازة. وقد بينا أن عدم اعتراض النبى صلى الله عليه وسلم على تصرف عروة وإقراره وإجازته له دليل على صحة التصرف بالإجازة.

أما طريق الحديث التى هى عن سعيد عن أبى لبيد عن عروة فهى طريق حسنة، وبذلك يصلح الحديث بروايتيه دليلا على المشروعية[1].

ثانياً — القياس :

قاسوا التصرف الموقوف كتصرف الفضولى على وصية المدين بدين مستغرق وبأكثر من الثلث، وكبيع المرهون فإنه ينعقد موقوفاً على إجازة المرتهن وعلى العقد المشروط فيه الخيار[2]، فإن هذه تصرفات لا حكم لها فى الحال بل يتراخى الحكم فيها إلى حين الإجازة أو الرد.

وقد نوقش هذا بأن قياس التصرف الموقوف كتصرف الفضولى بالبيع على وصية المريض التى تتوقف على إجازة الورثة، قياس غير صحيح، فالوصية تحتمل الغرر، وتصح بالمجهول والمعدوم بخلاف البيع، وكذلك لا يصح قياسه على البيع المشروط فيه الخيار لأن هذا البيع مجزوم به منعقد فى الحال

---

(١) انظر فى بيان ذلك نصب الراية ج ٤ ص ٩٠-٩١، وإرشاد السارى للقسطلانى ج ٧ ص ٣١٧ - ٣١٨، وانظر أيضاً رسالة الوكالة لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ١٧-١٩.

(٢) جاء فى فتح القدير ج ٥ ص ٣١٠ : « وصار (عقد الفضولى) كالوصية من المديون المستغرق وبأكثر من الثلث إذا كان المعقود عليه باقياً حيث يتوقف على إجازة المستحق بالإجماع فهذا أصل لقياس صحيح وكالراهنين إذا تبايعا رهناً برهن بغير إذن المرتهن انعقد وتوقف الحكم لحق المرتهن ». وفى فقه المالكية جاء فى الفروق للقرافى ج ٣ ص ٢٤٤ : « البيع يقبل الخيار فيقبل الإيقاف ».

وإنما المنتظر فسخه وإذا مضت المدة ولم يفسخ لزم البيع[١] .

ويرد على هذا بأن هؤلاء الخصوم يسلمون بوجود تصرفات لا تنفذ في الحال ، فالتصرف المعلق تصرف أو سبب صحيح ولا حكم له في الحال ، وكذلك البيع المشروط فيه الخيار ، فهو تصرف أو سبب صحيح ولا حكم له في الحال ، والوصية بأكثر من الثلث ووصية المدين بدين مستغرق لماله فإنها تتوقف على إجازة المستحق ، فكيف مع هذا ينكرون فكرة التصرف الموقوف .

ثالثاً — رعاية المصلحة :

الأصل في التصرفات الشرعية الصحة لا الفساد ، واللائق بحال المسلم أن يوقع تصرفه على الوجه الجائز دون المحظور ترجيحاً لجانب الصحة التي هي الأصل وحملا لحال المسلم على الصلاح ما أمكن .

ولهذا فإن ثبوت انعقاد تصرف الفضولي ومن في حكمه صحيحاً موقوفاً على الإجازة يتحقق به المصلحة لكل من المتعاقدين والمعقود له ولا ضرر على أحد في ذلك ولا يوجد منه مانع شرعي ، فقد وجد المقتضى لثبوته وانتفى المانع فيدخل ثبوته في العمومات التي توجب رعاية المصالح ودفع المضار .

وتحقق المصلحة في توقف العقد بالنسبة للمعقود له هو أنه بهذا التصرف يكفي مؤنته إذا أراد القيام به بنفسه ، وبالنسبة للمتعاقد مع الفضولي فإنه يحصل له ما أراد من الوصول إلى محل العقد وبالنسبة للفضولي

---

(١) جاء في المجموع في فقه الشافعية ج ٩ ص ٢٦٣ : « والجواب عن قياسهم على على الوصية أنها تحتمل الغرر وتصح بالمجهول والمعدوم بخلاف البيع . والجواب عن شرط الخيار أن البيع مجزوم به منعقد في الحال وإنما المنتظر فسخه ولهذا إذا مضت المدة ولم يفسخ لزم البيع » .

فإنه يصان كلامه عن الإلغاء ويتحقق ما رغب فيه من إجراء التصرف ويحصل له الثواب إذا كان قد قصد به الإعانة والرفق بالمعقود له .

على أن تحقق هذه المصالح مع انتفاء المضار يوجب أن يقال بوجود الإذن به دلالة من صاحب الشأن وعلى ذلك تثبت للفضولى القدرة الشرعية على إجراء تصرف موقوف بهذا الإذن ، ولكن هذا الإذن دلالة يقتصر على التصرف الموقوف فلا يتعدى إلى إثبات ما لم يكن فيه مصلحة أو يكون فيه ضرر من نفاذ العقد يمنع من انعقاده ، والضرر المحتمل ممكن تفاديه بالوقف ، ومن ثم وجب القول بانعقاده صحيحاً موقوفاً لصدوره من أهله فى محل قابل لحكمه ، لأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ وقد توافرا ، وأما أنه فى محله فلأن محل العقد هو المال المتقوم ، وانعدام الملك للعاقد الفضولى لا يعنى انعدام المالية والتقوم بدليل أنه إذا باع الشىء بإذن المالك جاز والإذن لا يقلب غير المحل محلا .

فانعقاد التصرف موقوفاً على الإجازة فيه رعاية للمصلحة ويعتبر من قبيل التعاون على البر كما فى حالة تصرف الفضولى فهو من قبيل التسامح والتيسير على الناس فى المعاملات ورفع الحرج والضيق عنهم[1] .

رابعاً — المعقول :

يقرر هؤلاء الفقهاء أنه يثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف ، كما يثبت بالسبب البات ملك بات ، ثم إن السبب إنما يلغو إذا خلا عن الحكم شرعاً ، أما إذا تأخر عنه الحكم فلا يلغو لأن الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر كما فى البيع بشرط الخيار ، فى بيع الفضولى وهو تصرف موقوف

---

(١) انظر فى بيان ذلك البدائع للكاسانى ح ٥ ص ١٤٨ — ١٤٩ ، وفتح القدير ح ٥ ص ٣١٠ والمبسوط للسرخسى ح ١٣ ص ١٥٤ ، ومجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر ح ٢ ص ٧٣ .

يتأخر الحكم إلى إجازة المالك ولا ينعدم أصلا ، لأن عدم ترتب الحكم في الحال إنما هو لرفع الضرر عن المالك ولأن في تأخير الحكم إلى الإجازة توفيراً لمنفعة تعود عليه(١) .

هذا فضلا عن أن التصرف الموقوف إنما هو تصرف صدر من الأهل في المحل فلا يلغو بل يتحقق وجوده ثم يمتنع نفاذه شرعاً لمانع فيتوقف على زوال ذلك المانع وبالإجازة يزول هذا المانع(٢) .

---

(١) جاء في المبسوط للسرخسي ج ١٣ ص ١٥٤ — ١٥٥ : « يثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف ، كما يثبت بالسبب البات ملك بات ، ولهذا لو أعتق المشترى ثم أجاز المالك البيع نفذ عتقه وهذا لأنه لا ضرر على المالك في إثبات ملك موقوف بهذا السبب ، كما لا ضرر عليه في انعقاد السبب ، وإنما الضرر في زوال ملكه وبالملك الموقوف لا يزول ملكه البات . والثاني أن السبب إنما يلغو إذا خلا عن الحكم شرعاً فأما إذا تأخر عنه الحكم فلا لأن الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر كما في البيع بشرط الخيار وهذا الحكم يتأخر إلى إجازة المالك ولا ينعدم أصلا ، لأن انعدام الحكم في الحال لرفع الضرر عن المالك وفي تأخير الحكم إلى وجود الإجازة توفيراً لمنفعة تعود عليه . فلهذا انعقد السبب في الحال على أن يجعل إجازته في الانتهاء كإذنه في الابتداء بخلاف بيع الطير في الهواء والسمك في الماء فهناك لغا العقد لانعدام محله والمحل غير مملوك أصلا » .

وجاء في الحواشي الظهيرية (باب الفضولى) مخطوط رقم ٣١٧ بدار الكتب المصرية : « فإن قيل اعتبار التصرف شرعاً بحكمه لابعينه ، فإذا لغا حكمه لغا تصرفه قلنا : مسلم لأن الحكم لايثبت بهذا التصرف بل يثبت حكم يليق به فإنه يثبت بالسبب الموقوف حكم موقوف .. ولأن السبب إنما يلغو إذا خلا عن الحكم شرعاً فإذا تأخر حكمه عنه فلا لأن الحكم يثبت تارة ويتأخر تارة ، والتراخى جائز بالإجماع أما على أصله فتجوز سائر التعليقات فإنها أسباب في الحال ولا حكم لها وأما الإجماع فيجوز البيع بشرط الخيار فالإجماع أنه بيع وتراخى حكمه عنه » .

(٢) جاء في المبسوط للسرخسي ج ١٣ ص ١٥٤ : « والمعنى فيه (العقد الموقوف) أن هذا تصرف صدر من أهله في محله فلا يلغو كما لو حصل من المالك . لأن التصرف كلام وهو فعل اللسان فحده ماهو حد سائر الأفعال ، وإذا صدر من أهله في محله تحقق به وجوده ، ثم يمتنع نفوذه ، شرعاً لمانع فيتوقف على زوال ذلك المانع وبالإجازة يزول المانع وهو عدم رضا المالك به وبيان لأهلية أن التصرف كلام والأهلية للكلام حقيقة بالتمييز واعتباره شرعاً وبيانها أن البيع تمليك مال بمال فالمحل إنما يكون محلا بكونه مالا متقوماً ، وبانعدام الملك للعاقد في المحل لاتنعدم المالية والتقوم ألا ترى أنه لو باعه بإذن المالك جاز وما ليس بمحل لايصير محلا بالإذن والمحلية لاتختلف بكون المتصرف مالكاً أو غير مالك » .

هذه هى أدلة القائلين باعتبار العقد الموقوف قسما من أقسام العقد الصحيح، ونحن نرتضى هذه الأدلة لأنها معقولة المعنى وسالمة من الخلل فى جملتها .

أدلة الرأى الثانى

احتج هذا الفريق من الفقهاء القائل بأن العقد الموقوف عقد باطل، بالنص وبالقياس وبالمعقول .

أولا — النص :

روى عن حكيم بن حزام أنه قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقلت يأتينى الرجل يسألنى من البيع ما ليس عندى ، أأبتاع له من السوق، ثم أبيعه ؟ قال : « لا تبع ما ليس عندك »[1] .

فى هذا الحديث ينهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الشىء غير المملوك للبائع وأن بيعه يعتبر باطلا لأنه تصرف صدر فيه نهى من الشارع الحكيم والنهى عند هؤلاء يقتضى البطلان .

ويناقش هذا من وجهين :

= وانظر نفس المرجع ج ٥ ص ١٥ . وفى الفروق للقرافى ج ٣ ص ٢٣٢ — ٢٣٣ : « وأما أهلية التصرف فحقيقتها عندنا قبول يقدره صاحب الشرع فى المحل وسبب هذا القبول المقدر التميز عندنا ، وهذا القبول الذى هو أهلية التصرف لا يشترط فيه عندنا الإباحة فإن الفضولى عندنا له أهلية التصرف وللمالك عندنا إمضاء ذلك التصرف من غير تجديد عقد آخر فدل على أن ذلك العقد المتقدم قابل للاعتبار وإنما تعلق به حق آدمى كتصرف العبد بغير إذن سيده » .

(١) انظر فى هذا منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٥٢ — ٢٥٣ .

وانظر نصب الراية ج ٤ ص ١٩ — ٢٠ ، وسنن أبى داود (باب فى الرجل يبيع ما ليس عنده ج ٣ ص ٣٨٤ تحقيق الأستاذ محمد محيى الدين عبد الحميد الطبعة الثانية ١٣٦٧ هـ / ١٩٥٠ م) .

الوجه الأول : أن النهى الوارد فى الحديث خاص ببيع المعدوم ، فمعنى لا تبع ما ليس عندك أى لا تبع المعدوم[1] .

الوجه الثانى : أن المراد من الحديث هو أن يبيع الشخص شيئاً ليس عنده ، ثم يشتريه ، ثم يسلمه بحكم البيع السابق على دخوله فى ملكه وهذا غير ممكن ، لأن الحادث يثبت مقصوراً على الحال ولا يسبق حكمه سببه[2] .

ونحن إذا تأملنا نجد أن هذا الحديث خاص ببيع المعدوم ، وليس معناه لا تبع مالا ولاية لك عليه حتى يدخل فيه بيع الفضولى الذى ينعقد موقوفاً ، فخرج الحديث عن محل النزاع .

ثانياً — القياس على بيع الغرر :

فقد قالوا إن الفضولى لا يقدر على تسليم ما باعه مما لا يملكه فهو كبيع الآبق وكبيع السمك فى الماء والطير فى الهواء فهذه كلها بيع باطلة[3] .

---

(١) جاء فى نيل الأوطار للشوكانى ج ٥ ص ٢٥٣ الطبعة الثانية ١٣٤٤ هـ : « قوله ما ليس عندك أى ما ليس فى ملكك وقدرتك والظاهر أنه يصدق على العبد المغصوب الذى لايقدر على انتزاعه ممن هو فى يده وعلى الآبق الذى لايعرف مكانه . فمعنى قوله صلى الله عليه وسلم : «لاتبع ماليس عندك» أى ماليس حاضراً عندك ولا غائباً فى ملكك وتحت حوزتك . قال البغوى : النهى فى هذا الحديث عن بيوع الأعيان التى لايملكها أما بيع شىء موصوف فى ذمته فيجوز فيه السلم بشروطه فلو باع شيئاً موصوفاً فى ذمته عام الوجود عند المحل المشروط فى البيع جاز وإن لم يكن المبيع موجوداً فى ملكه حالة العقد كالسلم » .

وجاء فى البدائع للكاسانى ج ٥ ص ١٤٧ فى الرد على الذين استدلوا بهذا الحديث : « ولأن بيع ماليس عنده بطريق الأصالة عن نفسه تمليك مالايملكه بطريق الأصالة وأنه محال وهو الشرط فيما يبيعه بطريق الأصالة عن نفسه » .

(٢) انظر فى هذا فتح القدير ج ٥ ص ٣٠٩ .

(٣) جاء فى مختصر المزنى ج ٢ ص ٢٠٤ : « ومما يدخل فى هذا المعنى (بيع الغرر) أن يبيع الرجل عبداً لرجل ولم يوكله فالعقد فاسد أجازه السيد أو لم يجزه ، كما لو اشترى آبقاً فوجده لم يجز البيع » . وفى متن البهجة وشرح الشيخ زكريا الأنصارى عليها ج ٢ ص ٤٠٦ : « فلا يصح بيع الفضولى لأنه لا يقدر على تسليمه كالآبق وأولى » .

ويناقش هذا بأن قياس تصرف الفضولي — وهو تصرف موقوف — ومن فى حكمه على بيع الغرر ، كبيع غير مقدور التسليم وكبيع الآبق وبيع الطير فى الهواء والسمك فى الماء قياس مع الفارق ، ذلك أن عدم جواز البيع فى هذه الحالات إنما هو لانعدام المحل ، فالطير والسمك ليسا بمملوكين أصلا ، وما ليس بمملوك لأحد لا يكون محلا للبيع ، وبيع الفضولى ليس كذلك فهو تصرف صحيح صادر من أهله فى محله ولا ينفذ إلا بإجازة صاحب الحق .

وأما بيع الآبق فينعقد فاسداً مفيداً للملك عند القبض وهذا هو مذهب الحنفية[1] . ومن ثم فإن هذا القياس الذين يقولون به يكون قياساً غير صحيح لأن من شرط القياس أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه[2]، وبيع الغرر ليس متفقاً عليه من حيث أنه لا يترتب عليه أثر ، فالحنفية يرتبون عليه بعض الآثار ويقولون يملك بالقبض ، وبذلك يفقد القياس شرطاً من شروطه ، وفوات الشرط يترتب عليه فوات المشروط .

ثالثا — المعقول :

ذهب هؤلاء الفقهاء إلى أن حكمة العقل قاضية بأن أفعال العقلاء يجب أن تصان عن العبث ، فالفضولى ومن فى حكمه يعتبر غير قادر على تنفيذ تصرفه ، وهذا يجعل عمله عرضة للبطلان إذا لم تحصل الإجازة وحصل الرد فيضيع وقته بدون جدوى ، لعجزه عن التنفيذ فضلا عما فيه من إراقة لماء وجهه فوجب صون الناس عن مثل هذا .

وقد تساءلوا إذا باع الفضولى مال غيره فهل يملك المشترى للشيء وقت البيع ما باعه إياه الفضولى أم لا ؟ فإن كان لم يملكه وقت العقد فكيف

(١) انظر فى هذا فتح القدير جـ ٥ ص ٣٠٩ — ٣١١ .

(٢) انظر فى بيان ذلك علم أصول الفقه لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ٢٤١ طبعة ١٣٨١هـ / ١٩٦١ م .

يملكه وقت الإجازة ، وإن كان قد ملكه وقت العقد فكيف يبطله المالك إن لم يرض بعمل الفضولى .

كما أنهم لا يسلمون بانفصال الحكم عن السبب ، فلا معنى للعقد عندهم إلا كونه مفيداً للحكم الذى وضع له ، فإذا امتنع إفادته الحكم كان باطلا أو غير منعقد ، ويقولون إن البيع مزيل للملك ، وولاية إزالة الملك يكون صدورها عن المالك ، ولا ملك للفضولى فاستحال انعقاد السبب .

كما أن أساس الانعقاد الولاية الشرعية على العقد ، فالولاية كالأهلية شرط لصلاحية العبارة لعقد من العقود ، ولا ولاية إلا بأن يكون العاقد ذا شأن فى العقد أو تكون له نيابة عن صاحب الشأن بولاية أو وكالة ، وذلك لأن شرط انعقاد العقـــد أن يكون العاقد قادراً على تمكين العاقد الآخر من كل أحكام العقد بالنسبة له ، فإذا لم تكن عنده هذه القدرة الشرعية لم ينعقد العقد[1] .

ويمكن أن يناقش ما استدلوا به من أن الحكم لا ينفصل عن سببه ، بأن تأخر الحكم عن السبب لا يجعله لغواً ، لأن الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر عنه كما فى البيع بشرط الخيار ينعقد فيه السبب بالإيجاب والقبول ويتراخى الحكم إلى وقت الإجازة ، وإجازة المالك أو صاحب

---

(١) انظر المجموع فى فقه الشافعية جـ ٩ (باب البيع) ص ٢٦٢/٢٦٣ ، وانظر المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٤٣٧ حيث أوضح أن : « بيع ملك الغير لا يترتب عليه انتقال ملكية المبيع الى المشترى ، وكذا ملكية الثمن للبائع ، كما أنه ليس من المنطق فى شىء أن لا يصح عقد حين عقده ثم يصح فى وقت آخر غير الوقت الذى انعقد فيه وأن هذا ليس مقبولا شرعاً ولا دليل من القرآن أو السنة عليه والقول بغير ذلك يعتبر تحكماً فى دين الله عز وجل » .

وجاء فى متن البهجة وشرح الشيخ زكريا الأنصارى عليها جـ ٢ ص ٤٠٦ : « ولو عقد مع ظن فقد الولاية المفهومة ... فالمعتبر وجود الشرط فى نفس الأمر لا فى ظن العاقد ورتب على اعتبار الولاية قوله (حتى يرد بيع الفضولى) بأن باع مال غيره بلا ولاية وكذا يرد شراؤه لغيره بعين ما يملكه أو بثمن فى ذمته كما فهم بالأولى » .

الشأن تجعل الشيء مملوكاً للمشترى من وقت العقد وإن رد فلا ضير عليه إذ مال المالك محفوظ له .

كما يناقش ما استدلوا به من أن عقد الفضولى ومن فى حكمه من العقود الموقوفة لا ينعقد لعدم الولاية الشرعية بأن الولاية شرط من شروط النفاذ[١] ، لا من شروط الانعقاد ، وتخلف شرط النفاذ يترتب عليه وقف نفاذ العقد على الإجازة ممن يملكها شرعاً لا أن يقال ببطلانه .

هذه هى أدلة كل من القائلين باعتبار العقد الموقوف قسما من أقسام العقد الصحيح والقائلين ببطلانه وما ورد عليهما من مناقشات .

ونحن إذ نقارن بين الرأيين فإننا نرجح الرأى الأول [٢] لسلامة أدلته فى جملتها ، وهو أولى بالقبول لما فيه من التيسير على الناس فى معاملاتهم وتحقيق مصالحهم الضرورية والحاجية وإعانة بعضهم لبعض دون ضرر يلحق بأحد المتعاقدين ، هذا فضلا عن أن القول بالوقف يتفق مع مبدأ الرضائية فلا يخرج شيء من ملك الشخص جبراً عنه أو دون إجازته ورضاه .

وبهذا الاتجاه أخذ المشرع فى التقنين المدنى العراقى فاعتبر العقد الموقوف قسما من أقسام العقد الصحيح وليس عقداً باطلا فنص فى المادة ١٣٣ منه فى فقرتها الثانية على أنه : « إذا لم يكن العقد الصحيح موقوفاً أفاد الحكم فى الحال ، وفى هذا إشارة إلى أن العقد الصحيح منه النافذ ومنه غير النافذ أى الموقوف .

---

(١) انظر البحر الرائق لابن نجيم جـ ٥ ص ٢٨١ .

(٢) انظر فى ترجيح هذا الرأى مقال العقد الموقوف للدكتور محمد زكى عبد البر ص ١٣ ، وكتاب أحكام الأسرة فى الإسلام (الزواج وآثاره فى الفقه الإسلامى) لأستاذنا محمد سلام مدكور جـ ١ ص ٢٠١ فقد جاء فيه : « العقد الموقوف : هو كما يرى الحنفية ومن وافقهم قسم من العقد الصحيح لأنه استوفى أركانه وشروط انعقاده وصحته غير أن من باشر العقد ليس له ولاية إنشائه بأن كان فضولياً أو وكيلا مقيداً نخرج عن حدود وكالته » .

المطلب الثانى

مكانة العقد القابل للإبطال والعقد غير السارى بين العقود الصحيحة وغير الصحيحة فى القانون

عرفنا مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة وغير الصحيحة ، وانتهينا إلى ترجيح الرأى القائل باعتباره قسما من أقسام العقد الصحيح وهو رأى أغلب الفقهاء فى المذاهب الإسلامية . فما مكانة العقد القابل للإبطال ، وكذا العقد غير السارى أو غير النافذ فى فقه القانون بين العقود الصحيحة وغير الصحيحة .

قسم القانون المدنى المصرى الحالى العقد إلى قسمين : صحيح وباطل ، وقسم العقد الباطل إلى عقد باطل بطلاناً مطلقاً وعقد باطل بطلاناً نسبياً أو قابل للإبطال(١) . وبهذا يكون العقد الأخير قسما من أقسام العقد غير الصحيح .

أما العقد غير السارى أو غير النافذ ، فقد اختلف الرأى فى الفقه فى التكييف الصحيح لعدم السريان وهل هو صورة من صور البطلان أم هو جزاء يقوم بجواره ؟

فذهب رأى إلى أن عدم السريان أو عدم النفاذ صورة من صور البطلان إذ أن كلا منهما يتصل بالتصرف القانونى ويمس تحقق آثاره(٢).

وذهب رأى آخر إلى أن عدم السريان ليس بطلاناً ، لأنه يترك التصرف صحيحاً فى علاقة مصدره والمستفيد المباشر منه ، أى أن العقد

---

(١) تكلم المشرع فى التقنين المدنى المصرى الحالى عن العقد القابل للابطال فى المواد من ١٣٨ إلى ١٤٠ ، كما تكلم عن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً فى المواد من ١٤١ — ١٤٤ .

(٢) انظر فى إيراد هذا الرأى رسالة الدكتور جميل الشرقاوى فى نظرية البطلان فى القانون المدنى المصرى ص ١٤١ .

يكون صحيحاً منتجاً لآثاره فيما بين المتعاقدين ولكنه لا ينفذ أو لا يسرى فى حق الغير ، فالعقد المستتر فى الصورية صحيح فيما بين العاقدين ، ولكنه غير نافذ فى مواجهة الغير حسن النية ، وفقاً لحكم المادة ٢٤٤ من التقنينين المدنى المصرى الحالى .

أما فى البطلان المطلق فلا يرتب العقد أثراً لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير .

كما يلاحظ أنه فى البطلان المطلق ، يحق لكل من المتعاقدين أن يتمسك به ، كما يتمسك به أيضاً كل ذى مصلحة ، أما عدم السريان فلا يتمسك به إلا الغير ويبقى التصرف صحيحاً فى العلاقة بين طرفيه[1] .

وقد جعل المشرع المصرى نظرية عدم السريان نظرية مستقلة ، وأورد عليها عدة تطبيقات وأوضح أن عدم النفاذ لا يمس صحة التصرف وأنه ليس بطلاناً .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى المصرى الحالى تعليقاً على المادة ٢٤٣ : « ولما كانت الدعوى البوليصية دعوى عدم نفاذ فهى لا تمس صحة التصرف المطعون فيه ، ومؤدى ذلك أن هذا التصرف يظل صحيحاً منتجاً لجميع آثاره ، وكل ماهنالك أنه يصبح غير نافذ فى حق الدائنين وبالقدر اللازم لحماية حقوقهم دون إفراط أو تفريط » .

ونحن نرجح القول بأن عدم السريان أو عدم النفاذ ليس بطلاناً ، إذ أن التصرف ينشأ صحيحاً منتجاً لأثره فيما بين المتعاقدين ولكنه لا يسرى

---

(١) انظر فى هذا النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) للأستاذ الدكتور اسماعيل غانم ص ٢٧٧ — ٢٧٨ طبعة ١٩٦٦ م ، وانظر أيضاً فى بيان التفرقة بين البطلان وعدم السريان دى لاموارانديير فى شرح القانون المدنى الفرنسى فى الالتزامات ج ٢ فقرة ٧٤٥ ص ٤٢٢ — ٤٢٣ .

بالنسبة إلى الغير الذى لم يكن طرفاً فى العقد طبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد . فإذا أقره هذا الغير أصبح التصرف نافذاً فى حقه .

المبحث الثانى

مكانة العقد الموقوف بين العقود المنجزة والمضافة والمعلقة وما يقابله فى القانون

المطلب الأول

مكانة العقد الموقوف بين العقود المنجزة والمضافة والمعلقة فى الشريعة

وقف نفاذ العقد أمر يتصل بآثار العقد ، فيقال هـــذا العقد موقوف أو نافذ أو صحيح أو باطل نتيجة ما للعقد من قوة ترتب آثاره عليه فى الحال أو على التراخى ، كما فى حالة العقد الموقوف .

فالوقف والنفاذ واللزوم والبطلان والفساد تتصل كلها بآثار العقد .

أما وصف العقد بأنه منجز أو مضـاف أو معلق ، فهذا أمر يتعلق باتصال آثار العقد بصيغته أو باتصال آثار العقد به وقت إنشائه .

ونبين فيما يلى حقيقة كل من العقد المنجز والمضاف والمعلق مع المقارنة بينها وبين العقد الموقوف .

العقد المنجز :

هو ما كانت صيغته غير مضافة إلى زمن ، ولا معلقة على شرط بأداة من أدوات التعليق ، سواء أكان مطلقاً أم مقيداً بشرط لأن التقييد بالشرط لا يمنع تنجيز العقد ، بل هو التزام زائد على ما أوجبه العقد. ومثال ذلك أن

يقول شخص لآخر أجرتك بيتي ابتداء من الآن بشرط أن تدفع إلى الأجرة مقدماً فيقول قبلت .

وحكم العقد المنجز أن آثاره تترتب عليه بمجرد تمامه فلا تتأجل[١] . وكل العقود يصح تنجيزها، بل هذا هو الأصل فيها ماعدا الوصية والإيصاء[٢] فإنهما مضافان إلى ما بعد الموت بطبيعتهما حتى لو كانت صيغتهما منجزة .

وقد نصت على حكم العقد المنجز المادة ٢٢٢ من مرشد الحيران فقالت : « العقد المنجز ما كان بصيغة مطلقة غير معلقة بشرط ولا مضافة إلى وقت مستقبل وهذا يقع حكمه فى الحال » .

وعلى هذا يختلف العقد المنجز عن العقد الموقوف فى عدم ترتب آثار الأخير عليه إلا بعد الإجازة ممن يملكها من ولى أو وصى أو مالك ، كما فى حالة بيع ملك الغير .

العقد المضاف :

هو ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل، سواء أكانت مطلقة أو مقترنة بشرط ، كأن يقول شخص لآخر أجرتك دارى ابتداء من السنة الآتية بكذا بشرط أن تدفع الأجرة عند ابتداء العقد فيقول الآخر قبلت .

وحكم العقد المضاف أنه ينعقد فى الحال علة لحكمه ولكن لا يوجد حكمه إلا فى الوقت الذى أضيف إليه . وكلا العقد المضاف والعقد

---

(١) انظر المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص ٢٠٦ والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٦٠٣ الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ — ١٩٦٢ م .

(٢) الإيصاء جعل الغير وصياً على أولاده بعد موته (انظر الوصايا فى الفقه الإسلامى) ص ٢٣٩ للأستاذ محمد سلام مدكور الطبعة الأولى ١٩٥٨ م .

الموقوف لا ينتج أثره بعد انعقاده مباشرة بل إن هذه الآثار تتراخى إلى حين الإجازة فى العقد الموقوف وإلى حلول الأجل فى العقد المضاف .

ويجدر بنا أن نميز هنا بين العقد الموقوف ، والعقد المضاف إلى الزمن المستقبل ، وكذا العقد المشروط فيه الخيار فى أمرين :

أحدهما : أن تأخير الأحكام فى العقد المضاف يكون من ذات الصيغة المنشئة للعقد ، لا من أمر خارج عنها ، وذلك بخلاف خيار الشرط والعقد الموقوف ، فإن تأخير الحكم فيهما ليس ناشئاً من الصيغة ، ولكن من أمر زائد عليها فى حالة خيار الشرط ، ومن أمر خارج عنها فى حالة العقد الموقوف ، كما فى تصرف الفضولى الذى يتصرف فى حق الغير بدون إذن شرعى ودون أن تكون له ولاية التصرف .

ثانيهما : أن العقد المضاف إلى الزمن المستقبل لا يمكن أن تثبت أحكامه قبل الزمن المضاف إليه بحال من الأحوال ، أما العقد المشروط فيه الخيار فإنه بإبطال خيار الشرط أو بإجازة العقد فإنه تثبت الأحكام مستندة إلى وقت صدور العقد وإنشائه . وكذلك فى العقد الموقوف كما فى حالة بيع الفضولى لمال الغير ، إذا أجاز المالك البيع ثبت حكمه مستنداً إلى وقت صدوره ، أما فى العقد المضاف فإن أحكامه لا تثبت إلا من وقت حلول الزمن المضاف اليه ، لأنه لا يوجد سبب لثبوتها قبل ذلك ، فالعقد المضاف ينعقد سبباً فى الحال ، ولكن السببية لا تعمل عملها إلا فى المستقبل(١) .

---

(١) انظر فى هذا المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص ٢٦٧ ، ١٩٤٧ . وقد جاء فى كتاب الفقه الإسلامى ص ٣٩٦ - ٣٩٧ طبعة ١٩٥٤م للأستاذ محمد سلام مدكور فى بيان الفرق بين كل من العقد الموقوف والعقد المضاف : « العقد المضاف والعقد الموقوف كلاهما ينعقد سبباً لحكمه فى الحال ولكن يتأخر ظهور الحكم فى المضاف بسبب الصيغة نفسها ، أما فى العقد الموقوف فبسبب إجازة من له ولاية إنفاذ العقد كأن يعقد فضولى بيعاً لمنزل فلا ينفذ البيع إلا إذا أجاز المالك الأصلى . وكذلك العقد المضاف لا يترتب عليه حكمه إلا فى الزمن الذى أضيف إليه وبلا أثر رجعى لأن المقصود من الإضافة ألا يترتب الحكم إلا فى ذلك الوقت ، أما فى العقد الموقوف فالإجازة اللاحقة كالإذن السابق ومن ثم يترتب حكمه بأثر رجعى هو وقت انعقاد التصرف » . وانظر له أيضاً المدخل للفقه الإسلامى ص ٦٠٣ .

العقد المعلق

التعليق هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى بإن ونحوها (١) وبعبارة أخرى هو ماعلق وجود على وجود أمر آخر بأداة من أدوات التعليق ، فإن كان ذلك الأمر المعلق عليه موجوداً وقت التعليق كان التعليق صورياً وكان العقد منجزاً . كأن يقول شخص لآخر إن كان فلان مديناً لك بألف جنيه فأنا كفيل ويقبل الآخر ثم يظهر أن فلاناً كان فى هذا الوقت مديناً بهذا المبلغ .

وإن كان ذلك الأمر غير موجود ، ولكنه مستحيل الوجود ، فإن العقد لا ينعقد أصلا كأن يقول شخص لآخر إن سقطت السماء على الأرض فقد وكلتك فى بيع هذا المنزل .

وإن كان على خطر الوجود فيجوز أن يوجد وألا يوجد فهذا هو العقد المعلق تعليقاً حقيقياً ، وبه لا يوجد العقد ولا يترتب عليه حكمه إلا بعد وجود المعلق عليه . إذ بوجوده يوجد العقد وينشأ فتترتب عليه آثاره فإذا قال شخص لآخر إن شفيت من مرضى فسأتصدق بجزء من مالى ، أو يقول إن سافرت إلى البلدة فقد وكلتك ، فإن الشفاء معدوم الآن ويحتمل وجوده فى المستقبل وكذلك السفر .

وقد نصت على حقيقة العقد المعلق المادة ٢٢٣ من مرشد الحيران فقالت: « العقد المعلق هو ما كان معلقاً بشرط غير كائن أو بحادثة مستقبلة ، والمعلق يتأخر انعقاده سبباً إلى وجود الشرط فعند وجوده ، ينعقد سبباً مفضياً إلى حكمه » .

---

(١) جاء فى رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ٢٣١ الطبعة الثالثة ١٣٢٥ هـ :
« التعليق ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى ... ومثال التعليق بعتك إن رضى فلان » .

كما نصت المادة ٢٢٤ على أنه « يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط على خطر الوجود لا محققاً ولا مستحيلا » .

وكذلك نصت المادة ٢٢٥ على أن : « العقد المعلق على أمر محقق منجز فى الحال إذا كان لبقائه حكم ابتدائه» .

والفرق بين كل من العقد المعلق والمضاف أن التعليق يمنع العقد من أن يصير سبباً لحكمه فى الحال ، ثم لا ينعقد سبباً إلا عند وجود الأمر الذى علق عليه وقرن وجوده بوجوده .

أما العقد المضاف فإنه لا يمنع العقد من أن يصير سبباً فى الحال أى وقت صدوره ، ولكن تؤخر آثاره إلى الوقت المضاف إليه(١) ، ولكن الشافعية لا يفرقون بين العقد المعلق والعقد المضاف ، فكل منهما يكون عندهم سبباً لحكمه فى الحال ، وإنما يتأخر الحكم بسبب الإضافة فى المضاف وبسبب التعليق فى العقد المعلق(٢) .

ويتفق مع الشافعية الإمام ابن تيمية فقد ذهب إلى أن التعليق بحلول وقت معين إضافة فى المعنى ولا فارق بينه وبين الإضافة(٣) .

ويتفق العقد الموقوف مع العقد المعلق ، فى أن كلا منهما لا ينتج أثره

---

(١) انظر ابن عابدين ج ٣ ص ٣٢٢ وانظر أيضاً المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ على الخفيف ص ٢٥٧ — ٢٥٨ . وانظر فى بيان ما يصح تعليقه من العقود وما لا يصح ، نفس المرجع ص ٢٥٩ — ٢٦٣ طبعة ١٣٦٦ هـ / ١٩٤٧ م . وانظر المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٦٠٦ وما بعدها الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٣ م .

(٢) انظر فى فقه الشافعية المجموع شرح المهذب ج ٩ ص ٣٤٠ والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٦٣٢ .

(٣) انظر فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٥٣ .

فى الحال ، فالأول ينتج أثره إذا ما أجيز ، أما الثانى فلا ينعقد سبباً إلا عند وجود الأمر الذى علق عليه .

وتصرح النصوص فى فقه المذاهب القائلة باعتبار العقد الموقوف قسما من أقسام العقد الصحيح ، بأن التصرفات — التى تصدر ممن ليست له ولاية شرعية كالفضولى — بيعاً كانت أو إجارة أو نكاحاً أو طلاقاً تنعقد موقوفة مادام لها مجيز حال وقوعها ويثبت فى جميعها الحكم بالإجازة ، فلا فرق فى هذا بين أن يكون التصرف قابلا للتعليق أو غير قابل له[1] .

ولو أخذنا فكرة العقد الموقوف على أنه التصرف الذى يستند حكمه بالإجازة إلى وقت إجرائه ، وجب أن نستبعد التصرفات التى تقبل التعليق كالطلاق ، فإن أحكام هذه التصرفات وإن ثبتت بالإجازة فإنها لاتستند إلى وقت إجرائها وإنما تقتصر على حدوث الإجازة[2] فهى بهذا تختلف فى الطبيعة عن التصرفات الموقوفة غير القابلة للتعليق كالبيع ونحوه لأن التعليق يتنافى مع طبيعتها وكل ماينافى مقتضى العقد يبطل العقد[3] .

---

(١) جاء فى فتح القدير ج ٥ ص ٣١١ : « ... تصرفات الفضولى تتوقف عندنا إذا صدرت وللتصرف مجيز سواء كان تمليكا كالبيع والإجارة والهبة والتزويج أو إسقاطاً حتى لو طلق امرأة غيره أوأعتق عبده فأجاز طلقت وعتق وكذا سائر الإسقاطات للديون وغيرها وكان الأحسن أن يقول تصرف شرعى » .

(٢) جاء فى فتاوى قاضيخان ج ٣ ص ٢٠ بهامش الفتاوى الهندية : « امرأة قالت جعلت أمرى بيدى واخترت نفسى وكان الزوج حاضراً فأجاز أوكان غائباً فبلغه فأجاز ، صار الأمر بيدها فى مجلس علمها بالإجازة » .

(٣) جاء فى فتح القدير ج ٥ ص ٣١٥ : « أما عدم وقوع الطلاق فى التفويض الموقوف فالأصل فيه أن كل تصرف جعل شرعاً سبباً لحكم إذا وجد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه وتوقف إن كان مما يصح تعليقه جعل معلقاً وإلا احتجنا أن نجعله سبباً فى الحال متأخراً حكمه إن أمكن فالبيع ليس مما يعلق فيجعل سبباً فى الحال فإذا زال المانع من ثبوت الحكم لوجود الإجازة ظهر أثره من وقت وجوده ... وأما التفويض فيحتمل التعليق فجعلنا الموجود من الفضولى معلقاً بالإجازة فعندها يثبت التفويض فى الحال لا مستنداً » .

وهناك فرق آخر بين التصرف الموقوف والتصرف المعلق ، فالأول علة إسماً ومعنى لا حكماً والثانى علة إسماً لا معنى ولا حكماً .

ويوضح الفقهاء حقيقة كون تصرف الفضولى وهو من التصرفات الموقوفة علة إسماً ومعنى لا حكماً عند بيان أقسام العلة فيقولون : « علة إسماً ومعنى لا حكماً ، وهى ما أضيف الحكم اليها وأثرت فيه ولم تقترن به وذلك كبيع الفضولى الذى يتوقف على إجازة المالك ، فهذا البيع الصادر من الفضولى علة إسماً لأن الحكم وهو الملك يضاف اليه ، وعلة معنى لأن المؤثر فى الملك هو ذلك البيع فهو بيع صادر من أهله مضاف إلى محله ، فثبت الملك المشترى موقوفاً على إجازة المالك . وليس بيع الفضولى علة حكما لأن الحكم وهو الملك البات لا يقترن بالبيع وإنما يتراخى عنه إلى إجازة المالك ، لأن ملكه محترم لا يجوز إبطاله بغير إذنه ، فلو ثبت الملك البات قبل الإجازة لتضرر المالك لخروج العين عن ملكه بغير رضاه[1] .

ولهذا الفرق السابق أثره فى الحكم : فالتصرف المعلق لا يستند حكمه بالإجازة إلى وقت وجوده ، بل يقتصر على وقوع ما علق عليه[2] بخلاف البيع الموقوف الذى يستند حكمه بالإجازة إلى وقت إنشائه ولذلك يقولون الإجازة اللاحقة كالإذن السابق .

---

(١) انظر فى هذا علم أصول الفقه للأستاذ البرديسى ص ٢٧٢ الطبعة الثانية ١٣٨١ هـ/ ١٩٦١ م . وفى حاشية الأزميرى المسماة بمرآة الأصول على شرح مرقاة الوصول ج ٢ ص ٤٠١ « البيع الموقوف علة اسماً للوضع ومعنى للتأثير . . . فبيع الفضولى مال غيره ، وضع لحكمه وهو الملك . . . فالمشترى من الفضولى يملك المبيع ملكاً موقوفاً على إجازة المالك . لأن حق المالك مانع عن ترتب الحكم فى الحال لأن حقه محترم لا يجوز إبطاله عليه بلا إذنه فيتراخى الى زمان إذنه فإذا زال المانع بالإجازة يثبت الحكم بهذا البيع مستنداً إلى وقت العقد » .

(٢) جاء فى التلويح ج ٢ ص ١٣٣ : « أنت طالق غداً ، فإنه علة اسماً ومعنى لإضافة الحكم إليه وتأثيره فيه ، لا حكماً لتراخى الحكم عنه فيشبه الأسباب . . . فلهذا يقتصر وقوع الطلاق على مجىء الغد من غير استناد إلى زمان الإيجاب » .

ونحن نخلص مما تقدم بالقاعدة الآتية :

«كل تصرف جعل شرعاً سبباً لحكم إذا صدر من غير ذى ولاية شرعية كالفضولى ومن فى حكمه لم يستعقب حكمه بل يتوقف على الإجازة ، فإذا أجيز يثبت الحكم مستنداً إلى وقت إنشائه ، إذا كان التصرف مما لا يحتمل التعليق كالبيع ونحوه ، أما إذا كان مما يحتمل التعليق كالطلاق فيثبت حكمه من وقت الإجازة — وليس مستنداً — كما هو قاعدة التعليق» .

المطلب الثانى

ما يقابل فكرة العقد المعلق والمضاف فى القانون

يقابل فكرة العقد المعلق والمضاف فى فقه القانون : الشرط الواقف والأجل الواقف .

الشرط الواقف :

الشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، ومثال ذلك أن يقول شخص لآخر أبيعك منزلى إذا نقلت إلى الإسكندرية .

والشرط الواقف ينصب تأثيره على نفس وجود الالتزام ، وعلى هذ نصت المادة ٢٦٥ من التقنين المدنى المصرى الحالى فقالت : «يكون الالتزام معلقاً على شرط واقف إذا كان وجوده معلقاً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع»[١] . فالالتزام لا يوجد إلا إذا تحقق الشرط ، ويعتبر الالتزام

---

(١) ويقابل هذا ما نص عليه المشرع فى قانون الموجبات والعقود اللبنانى فى المادة ٨١ التى تنص على أن : «الشرط عارض مستقبل غير مؤكد يتعلق عليه تولد الموجب أو سقوطه ويكون له مفعول رجعى إلا إذا تحصل العكس من مشيئة الفريقين أومن ماهية الموجب وفى الحالة الأولى المشار إليها فى الفقرة السابقة يقال له شرط التعليق وفى الحالة الثانية يسمى شرط الإلغاء» .

بهذا غير نافذ ، لأنه إذا كان الالتزام الشرطى موقوف الوجود فإنه لا يكون نافذاً حتى يوجد ذلك الالتزام وهو لا يوجد إلا عند تحقق الشرط[١] وهذا ما نصت عليه المادة ٢٦٨ من التقنين المذكور بقولها « إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط » .

ويبين من ذلك أن الشرط الواقف يتفق مع العقد الموقوف ، فى أن كلا منهما لا ينتج أثره فى الحال ، بل عند تحقق الشرط الذى علق عليه بالنسبة للأول وعند الاجازة بالنسبة للثانى ، كما أن الشرط الواقف ينسحب أثره إلى وقت التعاقد لا إلى وقت تحقق أو تخلف الشرط ، وهذا ما يسمى بالأثر الرجعى للشرط ، وكذلك فقد يكون الإجازة فى العقد الموقوف أثر رجعى كما فى حالة بيع الفضولى لمال الغير .

هذا إذا تحقق الشرط الواقف أما إذا تخلف فإن حق الدائن الذى كان حقاً محتملا وقت التعليق ينعدم من أساسه ويعتبر أن الدائن لم يكن له حق ما على موضوع الالتزام .

وقاعدة الأثر الرجعى للشرط ليست مطلقة بل يرد عليها استثناءات فهى لا تنطبق فى الحالات الآتية :

١ — إذا تبين من إرادة المتعاقدين أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط ، كما هو الشأن فيمن يلتزم بإلحاق شخص ما بخدمته ويعلق التزامه على شرط معين فإن إرادته تكون منصرفة عن ترتيب أى أثر رجعى للشرط .

٢ — إذا تبين من طبيعة العقد أن وجود الالتزام لا يكون إلا فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط ، وذلك كما فى العقود الزمنية كعقد الإيجار ،

---

(١) انظر أحكام الالتزام للدكتور إسماعيل غانم جـ ٢ ص ٢٧ طبعة ١٩٦٤ م .

فالزمن فيه عنصر جوهرى فلا يكون لتحقق الشرط فيه أثر رجعى .

٣ — إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، كما فى حالة هلاك الشيء الملتزم به ، فإن تبعة الهلاك تتحدد نهائياً عند هلاك الشيء ولا تتأثر بعد ذلك بتحقق الشرط[1] .

وهذه الأحكام تضمنتها المادة ٢٧٠ من التقنين المدنى المصرى الحالى التى تنص على أنه :

١ — إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام ، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط .

٢ — ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه » .

وكذلك فإن العقد الموقوف قد يقع الحكم فيه مقتصراً على حال الإجازة ولا يستند إلى وقت التعاقد كما فى حالة طلاق الفضولى .

وإذا كان العقد الموقوف يتفق مع الشرط الواقف فيما تقدم ، فإن الثانى يختلف عن العقد الموقوف وعن العقد المعلق ، فى أن الالتزام نفسه لا يوجد إلا عند تحقق الشرط ، أما بالنسبة لهما فالعقد موجود ولكنه غير نافذ بالنسبة للعقد الموقوف ولتعليقه بالنسبة للعقد المعلق .

---

(١) انظر فى هذا أحكام الالتزام للأستاذ الدكتور اسماعيل غانم ج ٢ س ٣٥/٣٦ .

الأجل الواقف فى القانون

الأجل وصف يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزام حتى تحل واقعة مستقبلة ومحققة الوقوع ، ومثال ذلك أن يبيع شخص شيئاً ويتعهد بتسليمه بعد شهر وقد يكون تاريخ وقوعه غير معروف كالوفاة .

فالأجل فى فقه القانون يقف نفاذ الالتزام ولا يقف وجوده فحق الدائن يكون موجوداً ، ولكنه لا يكون نافذاً[١].

وقد نصت على معنى الأجل المادة ٢٧١ من التقنين المدنى المصرى الحالى فقالت :

١ — يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع .

٢ — ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه[٢] .

ويتضح من هذا أن الأجل الواقف يتفق مع العقد الموقوف فى أن كلا منهما لا ينتج أثره فى الحال ، ففى الأول ينتج الالتزام أثره بعد حلول الأجل، وفى الثانى بعد إجازته ممن يملك الإجازة شرعاً ، غير أنهما يختلفان فى أن الالتزام فى حالة الأجل الواقف ينتج أثره دون أن يكون له أثر رجعى ، أما فى حالة

---

(١) انظر فى هذا النظرية العامة للالتزامات للدكتور عبد الحى حجازى الجزء الأول الالتزام فى ذاته ص ١٤٨ طبعة ١٩٥٣م وأحكام الالتزام للدكتور إسماعيل غانم ج ٢ ص ٢١ ، وانظر أيضاً رسالة الأجل فى الالتزام للدكتور عبد الناصر العطار ص ١٠٦/١٠٧ .

(٢) ويقابل هذا نص المادة ١٠٠ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى التى تنص على أن: « الموجبات يمكن تقييدها بأجل والأجل أمر عارض مستقبل مؤكد الحدوث من شأنه أن يوقف استحقاق الموجب أو سقوطه ولا يكون له مفعول رجعى » .

العقد الموقوف فإن العقد إذا أجيز أنتج أثره مستنداً أو بأثر رجعى ، وقد يقع مقتصراً على حال الإجازة[1] .

وقد تضمنت المادة ٢٧٤ من التقنين المدنى المصرى الحالى النص على أن الالتزام المقترن بأجل لا يكون مستحق الأداء من وقت الاتفاق بل من وقت حلول الأجل فقالت : « إذا كان الالتزام مقترناً بأجل واقف فإنه لا يكون نافذاً إلا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجل وهو ما يستفاد من طبيعة الأجل ونية المتعاقدين » .

(١) انظر فى تفصيل هذا الباب الثالث من هذا القسم تحت عنوان « حكم الإجازة » .

الفصل الثالث

حالات العقد الموقوف فى الشريعة وما يقابلها فى القانون

المبحث الأول

حالات العقد الموقوف فى الشريعة

إذا نظرنا نجد أن المذهب الحنفى قد عنى بتعداد حالات العقد الموقوف وأفاض فقهاؤه فى تعدادها.

وسنورد هنا هذه الحالات ، على نحو ما وردت فى كتب الفقه ثم سنحاول بعد ذلك تقسيمها وتنظيمها ونستبعد منها ما يخرج عن نطاق بحثنا .

وهذه الحالات هى :

١ — بيع العبد فهو موقوف على إجازة المولى .

٢ — بيع الصبى موقوف على إجازة الأب والوصى .

٣ — بيع غير الرشيد موقوف على إجازة القاضى .

٤ — بيع المرهون . ٥ — والمستأجر . ٦ — وما فى مزارعة الغير موقوف على إجازة المرتهن والمستأجر والمزارع .

٧ — بيع البائع للشىء المبيع بعد القبض من غير المشترى موقوف على إجازة المشترى ، أما قبل القبض فى المنقول فلا ينعقد أصلا .

٨ — بيع المرتد عند الإمام أبى حنيفة . ٩ — وبيع الشىء برقمه .

١٠ — والبيع بما باع به فلان والمشترى لا يعلم ، موقوف على العلم فى المجلس .

١١ — والبيع الذى فيه خيار المجلس . ١٢ — والبيع بمثل ما يبيع الناس.
١٣ — والبيع بمثل ما أخذ به فلان .
١٤ — وبيع المالك للشيء المغصوب موقوف على إقرار الغاصب أو البينة بعد إنكاره . ١٥ — وبيع مال الغير .
١٦ — والبيع المشروط فيه الخيار أكثر من ثلاثة أيام ، فإن أسقطه من له الحق فى الخيار قبل مجيء اليوم الرابع جاز البيع وإلا فسد .
١٧ — الوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه فإنه موقوف ، فإن اشترى الباقى قبل الخصومة نفذ على الموكل .
١٨ — الوكيل ببيع العبد إذا باع نصفه فإنه موقوف على بيع الباقى قبل الخصومة عند أبى يوسف ومحمد وعند أبى حنيفة يعتبر البيع نافذاً .
١٩ — بيع الشريك نصيبه من مشترك بالخلط والاختلاط موقوف على إجازة شريكه .
٢٠ — بيع ما فى تسليمه ضرر موقوف على تسليمه فى المجلس .
٢١ — بيع المريض عيناً من أعيان ماله لبعض ورثته موقوف على إجازة باقى الورثة ولو كان بمثل القيمة عند أبى حنيفة .
٢٢ — بيع السيد عبده المأذون المديون موقوف على إجازة الغرماء .
٢٣ — بيع الوارث للتركة المستغرقة بالدين موقوف على إجازة الغرماء .
٢٤ — الوكيل إذا وكل بلا إذن وتعميم فعقد الوكيل الثانى يتوقف على إجازة الوكيل الأول .
٢٥ — أحد الوكيلين إذا باع بحضرة صاحبه فإنه يتوقف على إجازته ، فإن أجازه جاز بخلاف ما إذا كان غائباً فإنه لا ينفذ بإجازته .
٢٦ — بيع المولى أكساب عبده المديون بعد الحجر عليه موقوف على إجازة الغرماء .

٢٧ — أحد الوصيين إذا باع بحضرة الآخر فإنه يقف على إجازة ذلك الآخر . ٢٨ — أحد الناظرين إذا باع غلة الوقف بحضرة الآخر فإنه يتوقف أيضاً على إجازة ذلك الآخر .

٢٩ — بيع المعتوه كبيع الصبي العاقل فإنه ينعقد موقوفاً على إجازة وليه أو القيم عليه[١]. ٣٠ — حالة بيع المال من فاسد عقل غير رشيد

٣١ — وبيع الشيء بقيمته ٣٢ — وبيع الغاصب .

٣٣ — بيع الصبي بشرط الخيار إذا بلغ الصبي في المدة .

٣٤ — البيع بما حل به . ٣٥ — والبيع بما يريده .

٣٦ — والبيع بما يحب ٣٧ — والبيع برأس ماله .

٣٨ — والبيع بما اشتراه[٢] ٣٩ — بيع المكره موقوف على إجازته بعد أن تزول حالة الإكراه عند زفر من الحنفية[٣] .

٤٠ — هبة ملك الغير تنعقد موقوفة على إجازة هذا الغير[٤].

٤١ — وقف ملك الغير موقوف على إجازة المالك[٥] .

٤٢ — وصية الفضولي موقوفة على إجازة المالك[٦].

٤٣ — نكاح الفضولي موقوف على إجازة من له الحق في الإجازة[٧].

---

(١) انظر في بيان هذه الحالات البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٧٥/٧٦ حيث أورد تسعاً وعشرين حالة .

(٢) انظر في إيراد الحالات من ٣٠ إلى ٣٨ التنوير لأبي محمد بن عبد الله بن أحمد الخطيب التمرتاشي الحنفي الغزي المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ ، وشرح الدر المختار ورد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤١ وما بعدها ، وانظر أيضاً في تعداد حالات العقد الموقوف درر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلاخسرو مخطوط رقم ١٧٤ بدار الكتب المصرية .

(٣) انظر تبيين الحقائق للزيلعي جـ ٥ ص ١٨٢/١٨٣ .

(٤) البدائع جـ ٦ ص ١١٨ .

(٥) أحكام الأوقاف للخصاف ص ١٢٩.

(٦) البحر الرائق لابن نجيم جـ ٦ ص ١٦٤ .

(٧) البدائع جـ ٢ ص ٢٣٥ .

٤٤ — زواج الفتاة البالغة لنفسها موقوف على إجازة الولى عند محمد ابن الحسن من الحنفية(١). ٤٥ — نكاح الصبي المميز ينعقد موقوفاً على إجازة وليه(٢). ٤٦ — طلاق الفضولى ينعقد موقوفا على إجازة الزوج(٣).

هذه هى حالات العقد الموقوف كما وردت فى كتب الفقه الحنفى . وإذا تأملنا نجد أن هذه الحالات التى أوردها الفقهاء على النحو سالف البيان ، لا تتفق جميعها مع ما انتهينا إليه من تعريف العقد الموقوف بأنه التصرف الصحيح الذى يتوقف ترتب أثره عليه بالفعل على الإجازة ممن يملكها شرعا .

وباستقراء هذه الحالات وتمحيصها ، يتبين لنا جليا أن منها ما هو من قبيل العقد الفاسد ومنها ما هو من قبيل العقد غير اللازم . وهذه الحالات نوردها على النحو التالى ، حتى تتبين لنا حقيقتها ، ثم نستبعدها من نطاق بحثنا ، لأن العقد الفاسد متميز عن العقد الموقوف فهما قسمان متباينان كما أن العقد غير اللازم وإن كان يشبه العقد الموقوف فى أن كلا منهما لا ينتج أثره فى الحال بل يتراخى هذا الأثر إلى حين الإجازة فى العقد الموقوف أو العقد الذى فيه خيار أو على إسقاط الخيار أو مضى المدة دون اختيار فى العقد الأخير إلا أن العقد غير اللازم كما بينا فى الباب التمهيدى متميز عن العقد الموقوف ، ولو أن الفقهاء التزموا المعانى الاصطلاحية لكلمات : الفساد والصحة والنفاذ والوقف واللزوم ما حصل الخلط بين هذه المصطلحات(٤).

---

(١) الهداية ج ٢ ص ٣٩١/٣٩٢ .

(٢) البدائع للكاسانى ج ٢ ص ٢٣٣ .

(٣) جامع الفصولين ج ١ ص ٢٢٩ .

(٤) جاء فى رد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٨٤ / ٨٥ : « النفاذ واللزوم متغايران فيراد النفوذ الانعقاد وباللزوم الصحة أقول لو أن الفقهاء التزموا المعانى الاصطلاحية لكلمات الفساد الصحة والنفاذ والوقف واللزوم ما حصل اللبس » .

المطلب الأول

الحالات التي تعتبر من قبيل العقد الفاسد

من هذه الحالات التي أوردها الفقهاء :

(أ) حالات عدم تعيين الثمن ويندرج تحتها :

١ — بيع الشيء بقيمته . ٢ — بيع الشيء برقمه .
٣ — بيع الشيء بحكمه . ٤ — بيع الشيء بمثل مايبيعه الناس .
٥ — بيع الشيء بمثل ما أخذ به فلان . ٦ — بيع الشيء بما حل به .
٧ — بيع الشيء بما يريده . ٨ — بيع الشيء بما يحب .
٩ — بيع الشيء برأس ماله وهو غير معروف .
١٠ — بيع الشيء بما اشتراه وهو غير معروف .

فالعقد في هذه الحالات جميعها يعتبر فاسداً لعدم معرفة الثمن(١).

(ب) حالة بيع ما في تسليمه ضرر :

بيع ما في تسليمه ضرر كبيع جذع من السقف أو آجر له في حائط ، سواء أكان معيناً أم لايكون فاسداً لتعذر تسليمه بما يترتب عليه فوات المقصود من العقد .

ومثل ذلك بيع الآبق فهو فاسد لتعذر تسليمه أيضاً .

ومع هذا فقد جاء في رد المحتار لابن عابدين مايفيدأن هذا البيع فاسد موقوف(٢) . وهذا في الواقع خلط بين العقد الفاسد والعقد الموقوف ، إذ

(١) انظر في هذا غنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام وهي حاشية على الدرر لمنلاخسرو تأليف العلامة أبي الإخلاص حسن بن عمار بن يوسف المصري الشرنبلالي الحنفي مخطوط رقم ٢٦٩ بدار الكتب المصرية مجلد ٢ ص ٣٥ .

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٦ الطبعة الثالثة ١٣٢٥ هجرية وقد جاء فيه : « بيع ما في تسليمه ضرر كبيع جذع من السقف سواء أكان معيناً أولا على ما في النهر عن الفتح وقد علم أن المراد تعداد الموقوف ولو صدر فاسداً فإن البيع في هذه الصورة فاسد موقوف » .

كلاهما متميز عن الآخر . فالعقد إما موقوف وإما فاسد ، والفساد والوقف لا يلتقيان أو لا يجتمعان لعقد .

ومما يؤيد ذلك ماجاء فى تبيين الحقائق للزيلعى فى باب البيع الفاسد من اعتبار بيع مافى تسليمه ضرر من قبيل الفاسد لا الموقوف ففيه : « والجذع فى السقف وذراع من ثوب (من قبيل الفاسد) لأنه لايمكن التسليم إلا بضرر يلزمه سواء ذكر موضع القطع أو لم يذكر ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر لأن الالتزام بدون العقد غير لازم والعقد لم يوجب الضرر فيمكنه الرجوع فيتحقق النزاع » (١) .

المطلب الثانى

الحالات التى تعتبر من قبيل العقد غير اللازم

من الحالات التى أوردها الفقهاء عند تعدادهم لحالات العقد الموقوف كما ذكرنا ، حالة العقد المشروط فيه خيار المجلس ، وحالة العقد المشروط فيه الخيار مدة تزيد على ثلاثة أيام . فهل تعتبر هاتان الحالتان من قبيل العقد الموقوف أم من قبيل العقد غير اللازم ، أم أن الحالة الثانية تعتبر من قبيل العقد الفاسد قبل أن نعرض لبيانهما نوضح أوجه الشبه والاختلاف بين كل من العقد الموقوف والعقد الذى فيه خيار من الخيارات فنقول :

يتفق العقد الموقوف مع العقد الذى فيه خيار من الخيارات ، فى أن كلا منهما لا ينتج أثره فى الحال بل يتراخى هذا الأثر إلى حين الإجازة أو إلى سقوط الخيار فى العقد المشتمل على خيار (٢).

(١) انظر تبيين الحقائق للزيلعى ج ٤ ص ٤٧ ، وشرح قاضى خان على الجامع الصغير مخطوط رقم ٧٤٣ بدار الكتب المصرية والفتاوى العتابية مخطوط رقم ١٩٣ بدار الكتب المصرية .

(٢) جاء فى البدائع للكاسانى ج ٥ ص ٢٦٤ : «أما حكم هذا البيع فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا لاحكم له للحال والخيار يمنع انعقاد العقد فى الحكم للحال لمن له الخيار بل هو للحال موقوف على معنى أنه لايعرف حكمه للحال وإنما يعرف عند سقوط الخيار لأنه لايدرى أنه يتصل به الفسخ أو الإجازة فيتوقف فى الجواب للحال وهذا تفسير التوقف عندنا » .

ولكن العقد الموقوف يختلف عن العقد الذى فيه خيار ، فالأول منعقد فى حق العلة ، ولكن الذى يمنع من نفاذه هو عدم تمام العلة إلى أن تلحقه الإجازة ، أو هو مانع من تمام السبب ، فإذا باع الفضولى ملك غيره بغير إذنه ودون أن تكون له ولاية عليه كان هذا البيع سبباً صالحاً لإيجاب الحكم وهو نقل الملكية ، لكن لما كان هذا البيع يحتاج إلى إذن المالك كان هذا الإذن المحتاج إليه مانعاً من تمام البيع الذى هو السبب ومن تأثيره فى الحكم ، فبيع الفضولى سبب غير تام لتوقف التمام على إجازة المالك (١) .

أما العقد المقترن بخيار الشرط فإن العلة فيه تعتبر قد تمت ولكنه يمنع ابتداء الحكم ، فإذا باع شخص داره لآخر على أن يكون له الخيار فى البيع مدة ثلاثة أيام كان هذا الخيار مانعاً من ابتداء الحكم ، وهو نقل الملكية من البائع إلى المشترى بمجرد صدور الإيجاب والقبول ، فملكية المبيع يظل البائع محتفظاً بها إلى انتهاء مدة الخيار ، فإذا انتهت المدة دون رجوع من البائع انتقلت الملكية من البائع إلى المشترى ، فالخيار يمنع من ابتداء الحكم ومقارنته للعلة ، لأنه يتراخى عنها إلى وقت انقضاء مدة الخيار .

وكذا يمنع خيار الرؤية من تمام الحكم ، فإذا اشترى إنسان شيئاً لم يره جاز هذا البيع ، وللمشترى الخيار إن شاء أخذه وإن شاء رده . والأصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : « من اشترى مالم يره فله الخيار إذا رآه »(٢).

فهذا الخيار لا يمنع من الملك الذى هو الحكم وإنما يمنع من تمامه إذ القبض غير تام مع خيار الرؤية ، ولذا يجوز للمشترى الرد بدون قضاء ولا رضاء إذ لو تم القبض مع خيار الرؤية لما جاء الرد إلا بعد القضاء أو الرضاء ، لأنه يمنع

---

(١) انظر فى هذا علم أصول الفقه لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ١١٣ طبعة ١٣٨١هـ/ ١٩٦١م .

(٢) انظر السنن الكبرى للامام البيهقى ج ٥ ص ٢٦٨ .

تمام الملك، ولا تمام له إلا بالقبض الكامل ، ولا يعتبر القبض كاملا إلا في قبض مايرى .

وكذلك فإن خيار العيب يمنع من لزوم الحكم ، فإذا اشترى ثوباً من آخر ،ثم وجد به عيباً لم يكن رآه وقت البيع فله الخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه .

فهذا الخيار لايمنع من الحكم وهو الملك ولا من تمامه ، وإنما يمنع من لزومه فالملكية التي هي الحكم تترتب على البيع في المبيع الذي وجد به عيب، وهذه الملكية تصير ملكية تامة ،لأن القبض في هذه الحالة كامل لأنه قبض المرئي ولهذا لا يرد المبيع المعيب إلا بقضاء أو رضاء ورده ، بالقضاء والرضاء آية أن الحكم وهو الملك غير لازم ، إذ لو كان لازما لما انفسخ العقد جبراً بالقضاء لأن اللازم لا يمكن رفعه[١].

كذلك يلاحظ أن للإجازة في حالة العقد الموقوف حكم الإنشاء من وجه ، وحكم الإظهار من وجه آخر ، أما في العقد المشروط فيه الخيار فالحكم يثبت عند الإجازة بطريق الظهور المحض[٢].

---

(١) انظر في بيان ذلك علم أصول الفقه لأستاذنا محمد زكريا البرديسي ص ١١٢ — ١١٣ طبعة ١٣٨١ هـ / ١٩٦١ م . وجاء في فتح القدير جـ ٥ ص ١١٠ الموانع خمسة أقسام : « مانع يمنع من انعقاد العلة فلا ينعقد البيع في الحر ، ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف إلى مال الغير ... ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه ... ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشترى ... ومانع يمنع لزومه كخيار العيب » .

(٢) جاء في البدائع للكاساني جـ ٥ ص ٢٦٤ : « بيع الفضولي يثبت بطريق الاستناد والمستند ظاهر من وجه مستند من وجه فكانت الإجازة إظهاراً من وجه إنشاء من وجه فمن حيث أنها إظهار كان لايقف صحته على قيام المحل ومن حيث أنها إنشاء يقف عليه ، فأما في البيع بشرط الخيار فالحكم يثبت عند الإجازة بطريق الظهور المحض فكانت الإجازة إظهار أن العقد من وقت وجوده انعقد في حق الحكم والمحل كان قابلا وقت العقد فهلاكه بعد ذلك لايمنع من الإجازه » .

هذه هى أهم أوجه الاتفاق والاختلاف بين كل من العقد الموقوف، والعقد الذى فيه خيار .

ونبين فيما يلى حكم العقد المشروط فيه خيار المجلس ، وكذا حكم العقد المشروط فيه الخيار مدة تزيد على ثلاثة أيام وهل هما عقدان موقوفان ، أم عقدان غير لازمين ، أم أن الأخير منهما عقد فاسد .

الفرع الأول

العقد المشروط فيه خيار المجلس

من الحالات التى ذكرها الفقهاء عند تعدادهم لحالات العقد الموقوف، «حالة البيع الذى فيه خيار المجلس» . فهل تعتبر هذه الحالة من الحالات التى يكون العقد فيها موقوف النفاذ أم أن المقصود هو عدم لزوم العقد ؟

سبق أن بينا فى الباب التمهيدى أن العقد الموقوف مقابل للعقد النافذ ، وقسمنا العقد الصحيح إلى قسمين : نافذ وموقوف ، أما مافيه خيار فهو عقد غير لازم وليس موقوفاً ، لكن قد يقال إن لزومه موقوف على إسقاط الخيار فيصح وصفه بالموقوف[1] ولكن هذا مردود فالعقد المشروط فيه الخيار عقد غير لازم وهو مقابل للعقد اللازم ، أما الموقوف فمقابل للنافذ .

---

(١) جاء فى رد المحتار لابن عابدين حـ ٤ ص ١٤٥ — ١٤٦ : « إذا أوجب أحدهما فللآخر القبول فى المجلس لأن خيار القبول مقيد به ، فاذا قبل فيه لزم البيع بلا خيار إلا لعيب أو رؤية خلافاً للشافعى وإن كان المراد خيار القبول ففيه كما قال ألوانى إن البيع الموقوف إنما يكون بعد الإيجاب والقبول وإن كان المراد خيار الشرط ففى الشرنبلالية أنه ليس من الموقوف والخيار المشروط المقدر بالمجلس صحيح وله الخيار مادام فيه وإذا شرط الخيار ولم يقدر له أجل كان له الخيار بذلك المجلس فقط كما فى الفتح اهـ ، وبيانه أن الموقوف مقابل للنافذ وما فيه خيار مقابل للازم فما فيه خيار غير لازم لاموقوف لكن قد يقال إن لزومه موقوف على إسقاط الخيار فيصح وصفه بالموقوف ، لكن على هذا لاحاجة للتقييد بالمجلس بل كان عليه أن يقول وبيع فيه خيار الشرط ليشمل ما كان مقيداً بالمجلس وغيره ولئلا يتوهم منه خيار القبول» .

ونحن نخلص إلى أنه إذا كان المقصود بالخيار خيار القبول بالمجلس فإن العقد يكون غير لازم ، والعقد غير اللازم متميز عن العقد الموقوف كما سلف ، ومن ثم فإننا نستبعد هذه الحالة ولا نعتبرها من حالات العقد الموقوف بل من حالات العقد غير اللازم .

الفرع الثانى

العقد المشروط فيه الخيار مدة تزيد على ثلاثة أيام

من الحالات التى اعتبر فقهاء الأحناف العقد فيها موقوفا حالة العقد المشروط فيه الخيار مدة تزيد على ثلاثة أيام .

وقبل أن نبين رأى الفقهاء نقول إن العقد المشروط فيه الخيار إما أن يكون شرط الخيار فيه مؤبداً بأن يقول المشروط له الخيار على أنى بالخيار أبداً ، وفى هذا الوجه يكون العقد فاسداً . وإن ذكر وقتاً معلوماً بأن قال ثلاثة أيام أو مادون ذلك فالعقد جائز بالاتفاق وإن قال أربعة أيام أو أكثر وحدد مدة للخيار فقد اختلفت أقوال الفقهاء :

فعلى قول الإمام أبى حنيفة العقد فاسد وهو قول زفر ، فإن سقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع بسبب من الأسباب ، فالبيع جائز وعليه الثمن ويبقى العقد صحيحاً لارتفاع المفسد قبل تقريره . وقال زفر العقد فاسد لأنه نشأ من الأصل فاسداً فلا ينقلب صحيحاً ، وقبل ذلك العقد موقوف عند أبى حنيفة على ماذهب اليه أهل خراسان فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد . وذهب أهل العراق إلى أن العقد يكون فاسداً فإذا سقط قبل دخول اليوم الرابع ارتفع الفساد وهذا نظير البيع إلى وقت الحصاد فإذا سقط الأجل قبل دخول وقت الحصاد صح العقــد وارتفع الفساد . وإن مضت

الأيام الثلاثة قبل أن يختار فسد العقد(١)

وعند أبي يوسف ومحمد العقد جائز وهو مؤقت بما يرى العاقدان توقيته من مدة يحتاج إليها في نظرهما، لأن الخيار شرع للتروي وقد يقتضي مدة أطول من ثلاثة أيام فشابهت مدته مدة التأجيل، وتعيين الأيام الثلاثة لحبان من الرسول إنما كان لعدم حاجته إلى مافوقها(٢).

---

(١) انظر في هذا تبيين الحقائق للزيلعي ج ٤ ص ١٤ — ١٥ . وقال السرخسي في المبسوط ج ١٣ ص ٦٢/٦٣ : « ومشايخنا رحمهم الله تعالى مختلفون في الحكم في هذا العقد ابتداء فمنهم من يقول هو فاسد ثم ينقلب صحيحاً بإسقاط الخيار والأوجه أن يقول : الحال فيه مراعى وهو عقد غير منبرم في الحال لأن تأثير الخيار في المنع من انبرام العقد لا في إفساد العقد » . وفي فتح القدير ج ٥ ص ١١٣ — ١١٤ : وذكر الكرخي نصاً عن أبي حنيفة أن البيع موقوف على إجازة المشتري وأثبت للبائع حق الفسخ قبل الإجازة لأن لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف ولا يخفى أنه لامعنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن إلا عدم الفساد في نفس الأمر إلى أن يدخل الرابع فيثبت الفساد في نفس الأمر، فحقيقة القولين لإفساد قبل الرابع بل موقوف ولا يتحقق الخلاف إلا أن يكون الفرض أن الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعاً بإسقاط خيار الرابع قبل مجيئه وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال : « ينعقد فاسداً ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط » .

(٢) جاء في كتاب الأصل لمحمد بن الحسن الشيباني ص ١٢٤ « تحقيق الدكتور شفيق شحاته ١٩٥٤م — مطبعة جامعة القاهرة « كتاب البيوع والسلم » : « وإذا اشترى الرجل السلعة على أنه بالخيار أربعة أيام فان هذا بيع فاسد لا يجوز في قول أبي حنيفة فإن اختار المشتري البيع قبل أن يمضي ثلاثة أيام فذلك له وإن مضت الثلاثة الأيام قبل أن يختار فالبيع فاسد وكذلك إن كان شرط الخيار للبائع وقال أبو يوسف ومحمد الخيار أربعة أيام وخمسة أيام وأكثر من ذلك بعد أن يسمى أجلا معلوماً فهو جائز إن اشترط ذلك المشتري أو البائع » .

وفي كتاب الجامع الصغير لمحمد بن الحسن الشيباني المطبوع بهامش كتاب الخراج لأبي يوسف بالمطبعة الأميرية سنة ١٣٠٢ هـ : وإن اشترط الخيار أربعة أيام فالبيع فاسد وإن أجاز في الثلاث جاز وكذلك إن كان الخيار للبائع، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى إن اشترط الخيار عشرة أيام أو أكثر جاز فلو سقط هذا الخيار قبل مضي الثلاث عند أبي حنيفة رحمه الله ينقلب جائزاً » . وانظر في الروايات التي ورد بها حديث حبان بن منقذ نصب الراية ج ٤ ص ٦ — ٨ ، وانظر أيضاً الموطأ وشرح الزرقاني عليه ج ٣ ص ٣٤٢ طبعة ١٣٥٥هـ/ ١٩٣٦ م .

وقد روى عن عبد الله بن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين . ويتفق مع أبي يوسف ومحمد في هذا الرأى المالكية[1] والحنابلة[2]، فهم يرون أن العقد يكون صحيحاً في هذه الحالة إن وجدت حاجة إلى زيادة مــــدة الخيار عن ثلاثة أيام .

ونحن نرى الأخذ برأى الإمام أبي حنيفة لقوة دليله ، ذلك أن الخيار شرع على خلاف الأصل والقياس، والأصل فيه الفساد لأنه يناقض مقتضى العقد ، فيقتصر فيه على مورد النص وهو ثلاثة أيام وقبل مرور اليوم الرابع يعتبر العقد صحيحاً موقوفاً على الإجازة فإن أجيز قبل دخول اليوم الرابع جاز ، وإلا فسد بمرور جزء من اليوم الرابع . وعلى هذا فالعقد المشروط فيه الخيار مدة تزيد على ثلاثة أيام يعتبر من قبيل العقد الفاسد لا الموقوف ، ومن ثم فإننا نستبعد هذه الحالة أيضاً من نطاق بحث العقد الموقوف النفاذ بالمعنى الذى أوضحناه .

المطلب الثالث

حالات العقد الموقوف النفاذ

هذه الحالات هي المقصودة هنا أساساً بالبحث ومن استقراء ماورد في فقه الحنفية[3] ومن وافقهم من المالكية ، وكذا عند الشافعية في المذهب

---

(١) في تهذيب الفروق في فقه المالكية ج ٣ ص ٢٨٢ : « وليس لمدته قدر محدود عند مالك وإنما يتقدر بقدر الحاجة إلى اختلاف المبيعات » .

(٢) انظر في فقه الحنابلة المغنى ج ٣ ص ٥٨٩ — ٥٩٠ .

(٣) انظر في فقه الحنفية البحر الرائق ج ٥ ص ٢٨١ فقد جاء فيه : « أما شرائط النفاذ فالملك أو الولاية ... والثانى أن لايكون في المبيع حق لغير البائع فإن كان لاينفذ كالمرهون والمستأجر » ، وانظر في بيان شروط النفاذ البدائع للكاساني ج ٥ ص ١٤٨ــ ١٤٩ . وقد أجملت مجلة الأحكام العدلية حالات العقد الموقوف النفاذ فنصت المادة ٣٦٨ منها على أن : « البيع الذى يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي وبيع المرهون وبيع المأجور وبيع المحجور وبيع =

القديم وفى إحدى الروايتين عند الحنابلة والشيعة الإمامية والزيدية والإباضية . يمكن حصر هذه الحالات فى ثلاث مجموعات على النحو الآتى :

أولا : التصرف الصادر عن الغير دون أن تكون للمتصرف ولاية التصرف من نيابة أو وكالة ويندرج تحت هذه الحالة ما يأتى :

(ا) تصرف الفضولى ، وهو من يتصرف عن غيره دون إذن شرعى دون أن تكون له ولاية التصرف كمن يبيع ملك غيره فإن التصرف ينعقد موقوفاً على الإجازة ممن يملكها فإن أجازه صح ونفذ وإن رفضه بطل [١] .

(ب) تصرف الوكيل فى القدر الذى تجاوز فيه حـــدود الوكالة المرسومة له [٢] .

(حـ) تصرف المرتد عند الإمام أبى حنيفة موقوف على عودته إلى

= الصبى المميز وبيع الأرض التى تحت مزارعة الغير وبيع الصبى الذى بلغ سفيها وبيع المريض فى مرض الموت لأحد الورثة وبيعه للأجنبى بالمحاباة ينعقد موقوفاً على إجازة ذلك الغير إذا كان ذلك الغير عاقلا مميزاً وإلا ينعقد موقوفاً على إجازة وليه أو وصيه وإذا كان لاولى ولا وصى له فينعقد موقوفاً على إجازة الحاكم » ، وانظر كذلك المادة ٣٥٥ من مرشد الحيران .

(١) انظر فى تصرفات الفضولى فى فقه الحنفية فتح القدير جـ ٥ ص ٣٠٩ وما بعدها والبدائع جـ ٥ ص ١٤٨ وما بعدها وابن نجيم البحر الرائق جـ ٦ ص ١٦٠ وما بعدها . وفى فقه المالكية القوانين الفقهية لابن جزىء ص ٢٣٨ — مطبعة النهضة بتونس والحطاب جـ ٤ ص ٢٦٩ — ٢٧٠ ، وبداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ١٤١ـ١٤٢ الطبعة الأولى . وانظر فى فقه الحنابلة المغنى جـ ٤ ص ٢٠٥/٢٠٦ الطبعة الثالثة وفى فقه الشيعة مفتاح الكرامة للعاملى جـ ٤ص ١٨٤/١٨٥ ، وفى فقه الإباضية النيل وشفاء العليل جـ ٤ ص ١٣٦ ، وفى فقه الشافعية المجموع جـ ٩ ص ٢٥٩ وما بعدها .

(٢) انظر فى فقه الحنفية البدائع جـ ٦ ص ٢٩ وما بعدها وفى فقه المالكية الحطاب جـ ٥ ص ٢٠٥/٢٠٦ والخرشى جـ ٦ ص ٨١ وفى فقه الحنابلة القواعد لابن رجب ص ٤٢٠ والمغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٢٠٥/٢٠٦ .

الإسلام ، فإن أسلم نفذت تصرفاته ، وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت ، فالوقف هنا ليس على الإجازة كما فى تصرف الفضولى(١).

ثانياً : التصرف الصادر من ناقص الأهلية ، ومن فى حكمه ، ويندرج تحت هذه الحالة ما يأتى :

(أ) تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر ينعقد موقوفاً على إجازة الولى أو الوصى عليه(٢).

(ب) تصرف السفيه فى ماله تصرفا دائراً بين النفع والضرر كالبيع ، ينعقد موقوفا على إجازة وليه(٣) .

ثالثاً : التصرف فيما تعلق به حق للغير ومما يندرج تحت هذه الحالة :

(أ) حالة تصرف الموصى بأكثر من ثلث ماله للأجنبي أو لأحد الورثة فإنه ينعقد موقوفاً على إجازة الورثة(٤) .

(ب) تصرف المريض مرض الموت لاينفذ ويتوقف على إجازة الدائنين

---

(١) انظر فى تصرفات المرتد تبيين الحقائق للزيلعى ج ٣ ص ٢٨٨ . ورد المحتار لابن عابدين ج ٣ ص ٣١٠/٣١١ . ومقال العقد الموقوف للدكتور محمد زكى عبد البر ص ٢٦/٢٨.

(٢) انظر فى فقه الحنفية البدائع ج ٧ ص ١٧٠/١٧١ . وانظر فى فقه المالكية الخرشى ج ٥ ص ٢٩٢ والحطاب ج ٤ ص ٢٤٦ والدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٩٤ . وانظر فى فقه الحنابلة المغنى ج ٤ ص ٢٤٧ .

(٣) انظر فى فقه الحنفية البدائع ج ٧ ص ١٦٩ وما بعدها وابن عابدين ج ٥ ص ٩٦ وما بعدها ، وانظر فى فقه المالكية الحطاب ج ٥ ص ٦٢ والمغنى ج ٤ ص ٤٧٥ الطبعة الثالثة ١٣٦٧ هـ .

(٤) انظر فى فقه الحنفية البدائع للكاسانى ج ٧ ص ٣٧٠ ، وفى فقه المالكية الحطاب ج ٥ ص ٤٣ والمغنى ج ٦ ص ٦/٥ ، ص ١٣ وشرح المنتزع المختار فى فقه الشيعة الزيدية ج ٤ ص ٤٧٦ وفى فقه الإباضية النيل وشفاء العليل ج ٦ ص ٢٠٥ .

أو الورثة فيما زاد على الثلث[١] .

(ح) تصرف المدين بدين مستغرق ينعقد موقوفا على إجازة الغرماء[٢] .

(د) بيع العين المرهونة موقوف على إجازة المرتهن[٣] .

هذه هى حالات العقد الموقوف النفاذ فى فقه المذاهب القائلة باعتبار العقد الموقوف قسما من أقسام العقد الصحيح كما سبق . وستتضح هذه الحالات بالتفصيل فى الباب الثانى والثالث من هذا القسم وكذا فى القسم التطبيقى من هذه الرسالة .

المبحث الثانى

ما يقابل حالات العقد الموقوف فى فقه القانون

بينا حالات العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى ، ويقابل هذه الحالات ، فى حدود معينة — فى فقه القانون — حالات العقد القابل للإبطال ، وكذا حالات العقد غير السارى أو غير النافذ ونبين فيما يلى هذه الحالات .

أولا — حالات العقد القابل للإبطال :

١ — تصرف الصبى المميز الدائر بين النفع والضرر (م ١١١/٢ مدنى مصرى) ومن فى حكمه كالسفيه وذى الغفلة (م ١١٥) بعد تسجيل قرار

---

(١) انظر فى هذا الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص٢٦٩ ، وفى فقه الحنفية فتح القدير ج ٥ ص ٣٢٢ .

(٢) انظر رد المحتار ج ٥ ص ٩٩ . وانظر للمالكية الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٢٦٦ وحاشية الدسوقى عليه فى نفس الموضع ففيه : «يوقف تصرف المدين المفلس فى أمواله على نظر الحاكم أو الغرماء إن شاء رده وإن شاء أمضاه» . وانظر فى فقه الحنابلة المغنى ج ٤ ص ٤٣٩ ، وفى فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملى ج ٥ ص ٣١٧ .

(٣) انظر فى وقف بيع المرهون ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٥ . وفى فقه المالكية الحطاب ج ٤ ص ٢٦٩ ، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ١١ ، ج ٣ ص٢٠١ وانظر أيضاً الحطاب ج ٥ ص ١٨ ، ٢٢ .

الحجر عليهما ، أما تصرفهما الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ (م ١١٥ / ٢) .

٢ — حالة وجود عيب من عيوب الإرادة وهى الغلط (م ١٢٠) والتدليس (م ١٢٥ / ١) والإكراه (م ١٢٧) والاستغلال (م ١٢٩) .

٣ — إذا وجد فى القانون نص خاص كما فى حالة بطلان بيع ملك الغير (م ٤٦٦) .

وقد اعتبر المشرع فى التقنين المدنى العراقى الذى أخذ بفكرة العقد الموقوف ، وأحلها محل فكرة العقد القابل للإبطال ، العقد موقوفاً فى الحالات الآتية :

١ — تصرف ناقص الأهلية (م ٩٧) ومن حكمه كالسفيه وذى الغفلة فى التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر .

٢ — تصرف معيب الإرادة وهو من وقع فى غلط (م ١١٧ ، ١١٨) أو إكراه (م ١١٥) أو تغرير مع غبن (م ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٢٤) .

٣ — التصرف فى مال الغير بدون إذن منه ودون ولاية كبيع ملك الغير (م ١٣٥ وما بعدها) وإجارة ملك الغير (٧٢٣ ، ٧٢٥) .

وسنبين هذه الحالات فى موضعها المناسب من الرسالة .

ثانيا — حالات عدم السريان أو عدم النفاذ فى فقه القانون :

قد يكون العقد صحيحاً بين طرفيه ولكنه لا ينفذ فى حق الغير ، لأن هذا الغير لم يشترك فيه ، مثل ذلك إيجار ملك الغير ، فهو صحيح وينتج أثره بين طرفيه ، ولكنه لا ينفذ فى حق المالك ،كذلك العقد الذى يبرمه مدين معسر إضراراً بحق دائنيه فهو يكون صحيحاً بين طرفيه ، ولكنه لا يسرى فى حق الدائن إذا طعن فيه بالدعوى البوليصية (م ٢٣٧ / ٢٣٨ مدنى مصرى) .

وقد يكون العقد قابلا للإبطال بين طرفيه ولا يكون نافذاً فى حق الغير ،

كما فى بيع ملك الغير ، فهو قابل للإبطال بين البائع والمشترى ولا ينفذ فى حق المالك الحقيق (م ٤٦٦) .

وقد ينشأ عقد يكون صحيحاً فى ذاته ، ولكنه لاينتج أثراً بين طرفيه ولا يكون نافذاً فى حق الغير ، وذلك كالعقد الذى يبرمه الوكيل ويجاوز فيه حدود الوكالة المرسومة ، أو يبرمه وصى ويجاوز فيه حدود الوصاية ، فهذا عقد يجاوز فيه عاقده ، حدود الولاية التى رسمت له فلا ينتج أثراً بين طرفيه، ولا يكون نافذاً فى حق الأصيل،وهذا مرادف للعقد الموقوف فى فقه الشريعة، فهو فى فترة الوقف لاينتج أثراً بين عاقديه ولا بالنسبة لصاحب الحق فى الإجازة كالأصيل أو المالك فى حالة بيع ملك الغير[1] .

فعدم النفاذ لايكون إلا بالنسبة إلى الغير وهو الأجنبى عن العقد وذلك طبقاً لقاعدة نسبية أثر العقد ، فهذا الأجنبى لاينفذ فى حقه عقد لم يشترك فيه ، بالرغم من أن التصرف موضوع العقد قد يعنيه ، ويستوى فى هذا أن يكون العقد صحيحاً أو قابلا للإبطال .

وعدم النفاذ يزول بإقرار الغير الذى يعنيه التصرف موضوع العقد ، أما العقد القابل للإبطال فتزول قابليته للإبطال بالإجازة[2] .

ومن حالات عدم السريان ، البيع فى مرض الموت ، فهو صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكنه لايسرى فى حق الورثة، إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن بما يجاوز ثلث التركة (م ٤٧٧ مدنى مصرى) . كما طبق المشرع فكرة عدم السريان فى حوالة الحق التى اعتبرها مقابلة لحوالة الدين فنص فى

---

(١) انظر الباب الأول من القسم التطبيقى من هذه الرسالة تحت عنوان : « مخالفة الوكيل حدود الوكالة » .

(٢) انظر فى هذا نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية للأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة جـ ٢ ص ٦٢/٦٤ .

المادة ٣٠٥ على أن : « حوالة الحق لا تكون نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها » .

ونحن نلاحظ من بيان حالات كل من العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى ، وحالات العقد القابل للإبطال ، وكذا العقد غير السارى أو غير النافذ فى فقه القانون ، أن نطاق العقد الموقوف أشمل وأوسع ، فهو حسب تصويره وعلى نحو ما سنراه عند الكلام عن بعض تطبيقاته يتسع فيمكن أن يشمل حالات كل من هذين العقدين ، هذا بالإضافة إلى أن فكرة العقد الموقوف تتصف بالدقة ، وتحقق لكل من يوقف التصرف على إجازته حماية أكثر مما يحققه كل منهما .

فحالات العقد القابل للإبطال تشمل بحسب الأصل ، نقص الأهلية ، وعيوب الإرادة ، أو إذا وجد القانون نص خاص ، كما فى حالة بطلان بيع ملك الغير .

بينما يشمل العقد الموقوف التصرفات الصادرة من غير ذى ولاية شرعية أو ممن ليست له ولاية التصرف كالفضولى والوكيل إذا تجاوز حدود الوكالة ، كما تشمل تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر . وسنرى أن القول بالوقف فى عيوب الإرادة كالإكراه والغلط والتدليس أولى من القول بقابلية العقد للإبطال فى فقه القانون [١] .

كما يشمل العقد الموقوف بالإضافة إلى ذلك على ما سنرى التصرفات التى يتعلق بها حق للغير كتصرف المدين المعسر الضار بدائنيه ، وكتصرف الموصى فى القدر الزائد على الثلث للوارث أو للأجنبى ، وكبيع المرهون ،

---

(٢) انظر الباب الثانى من القسم التطبيقى من هذه الرسالة تحت عنوان « عيوب الإرادة » .

وكالتصرف فى الحصة الشائعة — إذا كانت الشركة بالخلط والاختلاط — قبل القسمة(١).

ومن هذا يتضح لنا جلياً أن فكرة العقد الموقوف أوسع فى نطاقها من فكرة القابل للإبطال .

وأما بالنسبة للعقد غير السارى أو غير النافذ فقد عرضنا لأهم حالاته، كبيع ملك الغير الذى يعتبر غير سار فى حق المالك الحقيقى ، وكتصرف المدين المعسر فى ماله إضراراً بدائنيه ، وكتصرف الوكيل إذا تجاوز حدود الوكالة ، فهذه الحالات يعالجها الفقه الإسلامى بفكرة العقد الموقوف على نحو ما سنراه تفصيلا فى موضعه من هذه الرسالة .

---

(١) انظر الباب الثالث من القسم التطبيقى من هذه الرسالة .

الفصل الرابع

شروط النفاذ والتوقف والحكمة من الوقف

المبحث الأول

شروط النفاذ

النفاذ وصف للعقد الصحيح ولا يوجد هذا الوصف إلا بعد استيفاء العقد شروط انعقاده وشروط صحته .

وشروط النفاذ كما وردت فى كتب الفقه الحنفى[1] هى : الملك والولاية وأن لا يتعلق بالشيء المتصرف فيه حق للغير فهى فى مضمونها لا تخرج عن شرطين :

أولهما : فى العاقد .

ثانيهما : فى المعقود عليه .

فالشرط الذى فى العاقد هو أن يكون له حق التصرف فيما يبيعه أو يؤجره ، كأن يكون مالكا له أو وليا أو وصياً عليه ، فإن لم يكن كذلك بأن كان فضولياً ، أو محجوراً عليه كالصبي المميز فى التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، كان التصرف موقوفاً على الإجازة ممن يملكها شرعاً .

---

(١) جاء فى البدائع للكاسانى ج ٥ ص ١٤٨ : « وأما الذى يرجع الى النفاذ فنوعان : أحدهما الملك أو الولاية ، أما الملك فهو أن يكون المبيع مملوكا للبائع فلا ينفذ بيع الفضولى لانعدام الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك » .

وجاء فى البحر الرائق لابن نجيم ج ٥ ص ٢٨١ : « أما شرائط النفاذ فالملك أو الولاية والثانى أن لا يكون فى المبيع حق لغير البائع فإن كان لا ينفذ كالمرهون والمستأجر » .

والشرط الذى فى المعقود عليه ألا يكون متعلقاً به حق الغير، فإن تعلق به حق الغير ، بأن كان مرهوناً أو مستأجراً ، كان التصرف بالبيع موقوفاً على إجازة المرتهن والمستأجر لتعلق حقهما به ، فإن أجيز نفذ وبطل الرهن ، وانفسخت الإجارة ، وسلم المبيع للمشترى ، وإن لم يجزه يبقى المبيع تحت يده حتى يأخذ دينه إن كان هو المرتهن ، أو يستوفى مدة إجارته إن كان هو المستأجر ولا يبطل العقد بعدم الإجازة وإنما الذى يكون له الحق فى إبطاله هو المشترى لأنه حينئذ يكون مخيراً بين أخذ المبيع بكل الثمن والانتظار حتى يفك الرهن ، وتنتهى الإجارة وبين فسخ العقد ولو كان يعلم أن المبيع مرهون أو مستأجر[1] .

وقد نصت على شروط النفاذ المادة ٣٦٥ من مجلة الأحكام العدلية فقالت : « يشترط لنفاذ البيع أولا أن يكون البائع مالكا للمبيع أو وكيلا لمالكه أو وصيه وثانياً أن لا يكون فى المبيع حق الغير كبيع المرهون والمأجور وثالثاً أن يكون جامعاً لشرائط الانعقاد » . كما نصت المادة ١٨٢ من مرشد الحيران على أنه : « يشترط لنفاذ عقود المعاوضات الواردة على الأعيان المالية أو على منافعها أن يكون المتصرف فى العين الوارد عليها العقد مالكا لها أو وكيلا عن مالكها إن كان عاقلا بالغاً أو ولياً أو وصياً عليه إن كان صغيراً أو كبيراً مجنوناً أو معتوهاً وأن لا يتعلق بالعين حق لغير المتصرف فيها »[2] .

هذه هى شروط النفاذ فى الفقه الحنفى وإذا تخلف شرط منها فإن العقد يكون غير نافذ أى موقوفاً على إجازة صاحب الشأن فإن أجازه نفذ وإلا بطل . ونوضح فى المبحث التالى الشروط اللازمة لتوقف التصرف .

---

(١) انظر فى هذا القسم التطبيقى من هذه الرسالة تحت عنوان « بيع المرهون والمستأجر » .

(٢) وقد نصت المادة ٢٦١ من مرشد الحيران على هذه المعانى فقالت : « يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكا لما يبيعه أو وكيلا لمالكه أو وليه أو وصيه وأن يكون المالك البائع بنفسه غير محجور عليه وأن لا يتعلق بالمبيع حق الغير » .

المبحث الثانى

شروط توقف التصرف

التصرفات على اختلافها إن أمكن أن توقف على إجازة الغير ، فإنها تتوقف ولا تبطل ، وإن لم يمكن توقفها على إجازة الغير فإنها تبطل ابتداء .

ولتوقف التصرف فى المذهب الحنفى يجب أن تتوافر الشروط الآتية :

أولا — أن تتوافر فى التصرف شروط وجوده الشرعى ، فلو كان التصرف عقداً ، وقد عقده مجنون مثلا أو صبى غير مميز أومعتوه غير مميز، أو لم يوافق الإيجاب فيه القبول ، أو لم يتحد مجلس العقد ، أو كان المعقود عليه غير موجود ولا ممكن الوجود أو مجهولا أو غير قابل لحكم العقد ، لو كان كذلك فإنه لا يتوقف إذ الوقف لا يرد إلا على عقد منعقد .

ثانياً — ألا يشترط المتصرف الفضولى الخيار لمن وقع العقد لصالحه أو لمن تم له التصرف ، وقد علل الفقهاء هذا الحكم بأن الشرط حينئذ يكون داخلا على نفس العلة وهى التصرف أو عقد البيع إذا كان موضوع التصرف بيعاً ، ويكون التصرف معلقاً والبيع عقد لا يقبل التعليق فيبطل إذن ، ولا يتوقف على الإجازة[1] .

---

(١) جاء فى الحموى على الأشباه والنظائر ج ١ ص ٣٣٢ : « ولو شرط الخيار فى بيع الفضولى لمن وقع البيع له بطل العقد ، فلا يتوقف لأن الخيار له بدون الشرط فيكون الشرط له مبطلا يعنى لانه حينئذ يكون داخلا على البيع والبيع يبطل بالشرط بخلاف ما إذا كان خيار الشرط فى بيع غير الفضولى فإنه يكون داخلا على الحكم والحكم لا يبطل بالشرط» . وفى البحر الرائق ج ٦ ص ١٦٢ » ، أن الفضولى لو شرط الخيار للمالك ، فان العقد يبطل ولا يتوقف ، لأن الخيار له بدون الشرط ، فيكون الشرط له مبطلا ، وقال فى منحة الخالق على البحر فى نفس الموضع نقلا عن النهر أنه ينبغى أن يكون الشرط لغواً فقط » .

ثالثاً — أن يوجد وقت العقد من تكون له سلطة مباشرته أو إجرائه، من مالك أو ولى أو وصى، ففى بيع ملك الغير يشترط أن يوجد وقت البيع المالك أو من له ولاية على المالك، فلو باع ملكا لصغير أو مجنون ولا ولى له فى ذلك الوقت فإن البيع يعتبر باطلا ولا يتوقف. ومثل هذا أن يهب ملك الصغير والمجنون ولو مع وجود الولى إذ الولى لا يمكنه هبة ملك الصغير أو المجنون.

والعلة فى اشتراط هذا الشرط كما تصرح النصوص أن التصرف الذى يوجد من له سلطة إجرائه يكون بوجوده مرجو الفائدة إذ يمكن أن يجيزه فينفذ ويتم[1].

رابعا — ألا يجد التصرف نفاذاً على العاقد نفسه:

ولبيان ذلك نقول إن الاجازة تلحق العقد الموقوف لا النافذ، وعلى هذا يخرج الشراء للغير، إذ ينفذ الشراء للمشترى ولو أشهد أنه يشتريه لفلان ولو أجاز فلان[2]، إذ العقد للمشترى لأن الملك يقع له ما لم يكن وكيلا بالشراء، فلا عبرة بالإجازة بعد ذلك، لأنها تلحق الموقوف لا النافذ، فإذا دفع المشترى المبيع إلى من اشترى له وأخذ الثمن كان بيعاً جديداً بينهما بالتعاطى.

---

(١) جاء فى البدائع ج ٥ ص ١٤٩ : « يشترط أن يكون للتصرف مجيز عند وجوده فما لا مجيز له عند وجوده لا تلحقه الإجازة، لأن ماله مجيز متصور منه الإذن للحال وبعد وجود التصرف فكان الانعقاد عند الإذن القائم مفيداً فينعقد، وما لا مجيز له لا يتصور الإذن به فى الحال، والإذن فى المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث، فإن حدث كان الانعقاد مفيداً فلا ينعقد مع الشك فى حصول الفائدة على الأصل المعهود أن ما لم يكن ثابتاً بيقين لا يثبت مع الشك وإذا لم ينعقد لا تلحقه الإجازة لأن الإجازة للمنعقد ».

وجاء فى الدر المختار ج ٤ ص ١٤٢ : « وقف بيع مال الغير لو كان الغير بالغاً عاقلا فلو كان صغيراً أو مجنوناً لم ينعقد أصلا ... لأنه عقد لا مجيز له إذ هما ليسا من أهل الإجازة ».

(٢) انظر فى هذا مختصر الطحاوى ص ٨٣ .

وإذا أضيف التصرف فى حالة الشراء إلى الغير بأن قال بع هذا العبد لفلان فقال البائع : « بعته لفلان وقال الفضولى اشتريت لفلان توقف على إجازته مادام قد أضيف إلى فلان فى الكلامين ، وإذا كان المشترى صبياً أو عبداً محجوراً توقف تصرفه على إجازة من شرى له لأنه لم يجد نفاذاً على العاقد فإن أجاز جاز ، وعهدته على المجيز لا على العاقد »(١).

هذه هى شروط توقف التصرف فى فقه الحنفية ، ويتفق معهم المالكية(٢) والشافعية فى المذهب القديم(٣) وكذا الحنابلة(٤) والشيعة الإمامية(٥) والزيدية(٦) والإباضية(٧) فى إحدى الروايتين عندهم . فهم يصرحون بأنه يشترط لتوقف التصرف أن يكون العقد صحيحاً ، وأن يكون للتصرف مجيز حال وقوعه .

---

(١) انظر جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٢ .

(٢) انظر فى فقه المالكية الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ١١ .

(٣) جاء فى المجموع فى فقه الشافعية ج ٩ ص ٢٥٩ : « والقول الثانى وهو القديم أنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك إن أجاز صح البيع والالغاء » . وفى ص ٢٦٠ من نفس المرجع : « وحيث قلنا بالقديم فشرطه أن يكون للعقد مجيز فى الحال مالكا كان أو غيره حتى لو أعتق عبد الصبى أو طلق امرأته لا يتوقف على إجازته بعد البلوغ بلا خلاف والمعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ وكذا لو باع ملك الغير ثم ملكه البائع وأجاز لم ينفذ قطعاً » .

(٤) جاء فى المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٥/٢٠٦ : « والثانية (أى الرواية الثانية فى المذهب) البيع والشراء صحيحان ويقف على إجازة المالك ... ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه فيجب أن يقف على إجازته كالوصية » .

(٥) انظر فى فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملى ج ٤ ص ١٨٤ .

(٦) جاء فى كتاب المنتزع المختار ج ٣ ص ٤١/٤٢ « وإنما ينعقد الموقوف بشروط : أن يكون صحيحاً وأن يقع تنفيذه بإجازة من هى له حال العقد » .

(٧) انظر فى فقه الإباضية النيل وشفاء العليل ج ٤ ص ١٣٦ .

المبحث الثالث

الحكمة من الوقف على الإجازة فى الشريعة والحكمة من تقرير دعوى الإبطال فى القانون

المطلب الأول

الحكمة من الوقف على الإجازة فى الشريعة

إن الحكمة من وقف نفاذ العقد أو تراخى حكمه وآثاره حتى يجاز ممن له الحق فى إجازته شرعاً ، حماية الأشخاص الذين يوقف نفاذ العقد على إجازتهم على النحو الآتى :

١ — حماية المالك أو من بيع ملكه بغير إذنه كما فى حالة تصرف الفضولى فى مال الغير بالبيع والشراء والإجارة والهبة والوصية . وهذه الحماية تتحقق بوقف نفاذ العقد إلى أن يرى المالك أو صاحب الشأن مصلحته فى الإجازة فيجيز فعله أو عدمها فلا يجيزه ويبطله . فالحاجة والمصلحة يقضيان بوقف نفاذ العقد ، وهذه الحماية ليست مقصورة على المالك بل قصد بها مصلحة كل من العاقد الفضولى والمشترى .

فتأخير نفاذ العقد إنما هو لدفع الضرر عن المالك ، لأن الضرر فى نفاذ العقد قبل إجازته لا فى توقفه[1] .

وكما رأينا فإن هذه الحماية تتحقق عن طريق وقف نفاذ العقد على إجازة من قصدت حمايته . كما تتحقق أيضاً عن طريق ما قرره الشارع من حق لكل من المتصرف والمتصرف له فى فسخ التصرف أو رده .

---

(١) وقد جاء فى فتح القدير جـ ٥ ص ٣١٦ : « الأصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير لدفع الضرر عن المالك والضرر فى نفاذ الملك لا فى توقفه » .

٢ — حماية ناقص الأهلية كالصبي المميز ، ومن في حكمه كالسفيه وذي الغفلة عند من يرى الحجر عليهما . وذلك بوقف نفاذ تصرفاتهم على إجازة الولي أو الوصي أو القاضي محافظة على أموالهم حين يتصرفون فيها تصرفاً متردداً بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة .

٣ — حماية معيب الإرادة كالمكره ، وهذه الحماية تتحقق بوقف نفاذ العقد على إجازته بعد أن تزول حالة الإكراه .

٤ — حماية المستأجر والمرتهن إذا بيعت العين المستأجرة أو المرهونة ، وذلك بوقف نفاذ العقد على إجازتهما محافظة على حق كل منهما .

٥ — حماية الدائنين من تصرفات مدينهم المعسر الضارة بحقوقهم بوقف نفاذها على إجازتهم أو إبرائهم له من الدين .

٦ — حماية ورثة الموصي وكذا الدائنين من تصرفاته التي تضر بحقوقهم ، وذلك كالوصية بأكثر من الثلث فإنها تنعقد موقوفة على إجازتهم .

٧ — حماية الورثة والدائنين أيضاً من تصرفات المريض مرض الموت ، التي صدرت منه في مرضه إضراراً بحق كل منهما وذلك بوقف نفاذها على إجازتهم .

٨ — حماية الشريك في الشيوع من تصرفات شريكه ، إذا كانت الشركة بالخلط والاختلاط ، وذلك بوقف هذه التصرفات على إجازة الشريك الآخر لعدم الإضرار به .

وهذه الحالات التي قصد الشارع فيها حماية هؤلاء الأشخاص ليست على سبيل الحصر بل سبيل المثال فقط . وقد استخلصناها مما انتهينا إليه من بحثنا لفكرة العقد الموقوف في القسمين النظري والتطبيقي .

ونحن نخلص مما تقدم أن المشرع الإسلامي قد استهدف بفكرة وقف

العقد عدم الإضرار بكل من يوقف التصرف على إجازته — كالمالك فى حالة بيع ملك الغير وغيره ممن قصد بوقف نفاذ العقد حمايتهم — وذلك بإعطائه الحق فى إجازة التصرف إن كان لا يمس حقاً من حقوقه، كما شرع له حق فسخ التصرف أو رده وهذا فى الواقع يتفق مع مبدأ الرضائية كما يتفق مع سياسة المشرع الإسلامى فيما يهدف إليه من تحريم أكل أموال الناس بالباطل والمحافظة على حقوقهم وعدم الإضرار بهم [١].

المطلب الثانى

الحكمة من تقرير دعوى الإبطال فى القانون المدنى

قرر المشرع فى التقنين المدنى دعوى الإبطال لحماية المتعاقد الذى شاب إرادته عيب من عيوب الرضا كالإكراه والغلط والتدليس والاستغلال، كما قررها لحماية ناقص الأهلية، كالصبى المميز فى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ويزول حق التمسك بالإبطال بالإجازة أو بالتنازل عن دعوى الإبطال أو بالتقادم [٢] على تفصيل فى ذلك بينه القانون. وكذلك فى حالات عدم السريان الحكمة من عدم نفاذ التصرف هو حماية الأشخاص الذين يعتبرون من الغير من النتائج المالية المترتبة على التصرفات التى لم يكونوا أطرافاً فيها [٣]. كحماية المالك فى حالة بيع الغير لملكه، وحماية الدائنين من

---

(١) جاء فى تبيين الحقائق للزيلعى ج ٤ ص ١٠٧ : « والأصل و الأسباب المطلقة أن تعمل فى حق الحكم بلا تراخ، والتراخى إنما ثبت هنا ضرورة دفع الضرر، ولا ضرر فى توقف الملك، والذى يتوقف الملك أنه موجود فى حق الأحكام التى يتضرر المالك بها ».
وانظر فى بيان الحالات التى يكون فيها العقد موقوفاً على الإجازة مجموعة الرسائل الكبرى لابن تيمية ج ٢ ص ٢٧٤ الطبعة الأولى ١٣٢٣ هـ حيث أورد الحالات التى تبرر وقف نفاذ العقد على الإجازة. وانظر أيضاً القواعد لابن رجب ص ٤١٩ — ٤٢١ الطبعة الأولى ١٣٥٢ هـ — ١٩٣٣ م.

(٢) انظر فى هذا هنرى مازو فى شرح الالتزامات فى القانون المدنى الفرنسى ج ٢ ص ٢٤٤.

(٣) انظر فى هذا نظرية البطلان فى القانون المدنى للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوى ص ١٤٢.

التصرفات الضارة التي يجريها المدين المعسر إضراراً بهم :

ونحن نلاحظ أن العقد الموقوف يحقق حماية بالنسبة لمن قصد بالوقف حمايتهم ، أكثر مما يحققه العقد القابل للإبطال ، وكذا العقد غير السارى أو غير النافذ فى فقه القانون ، هذا بالإضافة إلى أن العقد الموقوف لا ينفذ إلا بالإجازة ، ومن ثم فلا يتحقق من الوقف ضرر وهذا على خلاف العقد القابل للإبطال الذى يعتبر نافذاً حتى يطلب إبطاله من له مصلحة فى ذلك ، ومن ثم فلا يحقق الحماية التى يحققها العقد الموقوف .

الباب الثانى

محل العقد الموقوف وما يقابله فى القانون

تمهيد :

محل العقد أو المعقود عليه هو مايثبت فيه أثر العقد وحكمه[1] ومحل العقد الموقوف هو التصرف[2] الشرعى القولى[3] غير النافذ الذى يفيد

---

(١) انظر فى هذا مقالا فى العقود والشروط والخيارات للأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم ص ٧٠٤ بمجلة القانون والاقتصاد ، وانظر أيضاً المدخل الفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٥٧٦ .

(٢) يمكن تعريف التصرف الشرعى بأنه : « كل ما يصدر عن الشخص من أقوال أو أفعال ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج » . وهذا التعريف مستفاد من تقسيم الكاسانى فى كتابه البدائع للتصرف الشرعى فقد جاء فى الجزء السابع منه ص ١٧٠ — ١٧١ . « والتصرف لا يخلو إما أن يكون من الأقوال وإما أن يكون من الأفعال » . وانظر فى تعريف التصرف فى كتب الفقه الحديثة بحثاً فى التصرف الإسقاطى ص ٣ وما بعدها القاهرة ١٩٦٨ م للأستاذ محمد زكريا البرديسى ، والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٥٠٩ — ٥١٠ ، ورسالة العرف والعادة للأستاذ أحمد فهمى أبو سنة ص ١٤٧ ، والمدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقا ص ١٩٥ فقرة ١٣١ والمدخل لدراسة الفقه الإسلامى للأستاذ محمد مصطفى شلبى ص ٢٣٦ الطبعة الأولى ١٣٧٦ هـ / ١٩٥٦ م .

(٣) التصرفات القولية هى ما يصدر عن الشخص من أقوال يتلفظ بها أو ما يقوم مقامها كالكتابة والإشارة ويرتب عليها الشارع أثراً سواء أكانت صادرة من الجانبين كالبيع والإجارة أم من جانب واحد كالوقف والإبراء وسواء أكانت بعوض أم بغير عوض تمليكية كانت أم إسقاطية . ويقابل هذا النوع من التصرفات فى فقه القانون التصرف القانونى وهو أعمال الإرادة حين تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين هو كسب حق أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه ، أما الأعمال المادية فهى التى تصدر عن الشخص ويرتب عليها القانون أثراً بصرف النظر عن إرادة صاحبها فسواء اتجهت الإرادة إلى إحداث هذا الأثر أو لم تتجه إلى إحداث أثر ما . (انظر فى هذا التصرف القانونى والواقعة القانونية للأستاذ الدكتور السنهورى) محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا بالكلية فى العام الدراسى ١٩٥٣ — ١٩٥٤ ص ٣ وما بعدها ، ومصادر الالتزام للأستاذ الدكتور الصدة ص ٣٨/٣٩ طبعة ١٩٦٤ م ودروس فى النظرية العامة للالتزام للدكتور محمود جمال الدين زكى ص ٣٢ طبعة ١٩٦٤ .

=

حكمه بالإجازة ممن يملكها شرعاً ، سواء أكان تصرفاً فى مال الغير كتصرف الفضولى بالبيع والإجارة والهبة والوقف والوصية ، أم كان تصرفاً صادراً من الشخص فى مال نفسه ، كتصرف الصبي المميز فى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة إذ ينعقد تصرفه موقوفاً على إجازة وليه ، أم كان تصرفاً صادراً من شخص كامل الأهلية فى ماله ولكن تعلق بالشيء المتصرف فيه حق للغير كبيع المرهون والمستأجر[1] .

وإذا كان محل العقد الموقوف كما ذكرنا هو التصرف القولى غير النافذ، فهل يعتبر التصرف الفعلى[2] محلا له وترد عليه الإجازة كما ترد على التصرف القولى هذا ما نبينه فيما يلى :

اختلف الإمام أبو حنيفة ومحمد فى ذلك ، فذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الإجازة لا تلحق الأفعال بل تلحق الأقوال ، لأن الإجازة تصرف فى العقد وليست تصرفا فى الفعل .

= ويعرف جوسران فى كتابه الالتزامات فى شرح القانون المدنى الفرنسى ج ٣ ص ٧ الطبعة الثانية ١٩٣٣ م التصرف بأنه : «هو العمل الإرادى الذى يباشره الشخص بقصد إحداث آثار قانونية» .

(١) انظر فى بيان ذلك بالتفصيل القسم التطبيقى من هذه الرسالة .

(٢) التصرف الفعلى هو ما يصدر عن الشخص من أفعال مادية وليست قولية أو عقدية ويرتب عليها الشارع نتيجة من النتائج وقد تكون هذه التصرفات مفيدة كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد وقد تكون ضارة كالغصب والإتلاف والسرقة والقتل وقد يقوم بها الشخص بالأصالة عن نفسه أو بولاية من الشارع كتصرف الولى والوصى كما قد يجريها دون أن تكون له ولاية التصرف كالفضولى يرمم جداراً آيلا للسقوط للغير .

وقد جاء فى تهذيب الفروق ج ١ ص ٢٠٤ قاعدة ٣٥ : « أولا إن الأسباب الفعلية تصح من السفيه المحجور عليه دون القولية ، ثانيا إن الفعلية لا تقع إلا نافعة مفيدة غالباً بخلاف القولية والأسباب الفعلية هى كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد » . وانظر فى تقسيم التصرف إلى فعلى وقولى البدائع للكاسانى ج ٧ ص ١٧١ والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٥٠٩ — ٥١٠ الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ — ١٩٦٣ م .

وذهب الإمام محمد إلى أن الإجازة كما تلحق الأقوال ، تلحق الأفعال ، فهى فى هذا كالعقود تصلح لورود الإجازة عليها[١] .

ونحن إذ نقارن بين رأى الإمام أبى حنيفة والإمام محمد فإننا نرجح الرأى الأول ، وذلك لأن الإجازة تصرف فى العقد بالإبقاء فلابد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه فموضوع الإجازة هو العقد الموقوف، وقد تعرض الفقهاء للكلام عليها حين قاموا ببحث العقود المختلفة كالبيع والإجارة ، وليس موضوعها أو محلها التصرفات الفعلية ،ولعل مما يؤيد وجهة نظرنا من أن الأفعال لا تصلح محلا للعقد الموقوف ، وبالتالى لا ترد عليها الإجازة ما جاء فى الهداية من أن : « الإجازة تصرف فى العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه »[٢] .

وسنتناول بالبيان محل العقد الموقوف إذا كان من عقود المعاوضات أو من التبرعات أم كان من العقود الأخرى كالزواج .

---

(١) جاء فى جامع الفصولين حـ ١ ص ٢٣٧ : « الإجازة فى العقد تلحق الموقوف لا المفسوخ ، والإجازة لا تلحق الأفعال عند أبى حنيفة رحمه الله وتلحقها عند محمد رحمه الله كعقود حتى إن الغاصب لو رد المغصوب على أجنبى فأجاز المالك برئ والغاصب عند محمد رحمه الله لا عند أبى حنيفة رحمه الله ولو بعث دينه بيد رجل إلى الدائن فجاء الرجل إلى الطالب وأخبره به ورضى به وقال لمن جاء به اشتر لى به شيئاً ثم هلك قيل يهلك من مال المديون وقيل يهلك من مال الطالب وهو الصحيح إذ الرضا بقبضه فى الانتهاء كالإذن بقبضه فى الابتداء وهذا التعليل إشارة إلى أن الإجازة تلحق الأفعال وهو الصحيح » .

(٢) انظر الهداية جـ ٥ ص ٣١١ .

الفصل الأول

محل العقد الموقوف من المعاوضات

قد يكون محل العقد الموقوف من عقود المعاوضات كالبيع والشراء والإجارة وسنفرد لكل منها مبحثاً مستقلا .

المبحث الأول

بيع ملك الغير

المطلب الأول

بيع ملك الغير فى الشريعة

البيع لغة مصـــــدر باع الشىء أى أخرجه عن ملكه وهو من أسماء الأضداد ويطلق على البيع والشراء وابتاع زيد الدار بمعنى اشتراها وابتاعها لغيره اشتراها له وباع عليه القاضى أى من غير رضاه[1] . فمعناه مطلق المبادلة ، ومعناه اللغوى قريب من معناه الشرعى .

ففى اصطلاح الفقهاء هو مبادلة مال بمال تمليكا وتملكا وإلى هذا ذهب

---

(١) جاء فى المصباح المنير جـ ١ ص٣٤ (الباء مع الياء وما يثلثهما) (باعه) يبيعه بيعاً ومبيعاً فهو بائع . والبيع من الأضداد مثل الشراء ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع ولـكنه إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة ويطلق البيع على المبيع فيقال بيع جيد ويجمع على بيوع ... وابتاع زيد الدار بمعنى اشتراها وابتاعها لغيره اشتراها له وباع عليه القاضى أى من غير رضاه وفى الحديث لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبع على بيع أخيه أى لا يشتر لأن النهى فى هذا الحديث إنما هو على المشترى لا على البائع ... والأصل فى البيع مبادلة مال بمال كقولهم بيع رابح وبيع خاسر وذلك حقيقة فى وصف الأعيان لـكنه أطلق على العقد مجازاً لأنه سبب التملك والتمليك » .

جمهور الفقهاء من الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] .

وقد عرفته المادة ٣٤٣ من مرشد الحيران بقولها : « تمليك البائع مالا للمشترى بمال يكون ثمناً للمبيع » . ولم يفرق الفقهاء بين البيع والمقايضة بل يعتبرون العقدين بيعاً ، ذلك أن البيع إما أن يكون ثمناً بثمن ويسمى صرفاً أو عيناً بعين ويسمى مقايضة[٥] أو عيناً بثمن ويسمى بيعاً مطلقاً أو عيناً بذمة ويسمى سلماً[٦] .

---

(١) جاء فى فتح القدير (كتاب البيوع) جـ ٥ ص ٧٣ : « وأما مفهومه لغة وشرعاً فقال فخر الإسلام البيع مبادلة المال بالمال وكذا فى الشرع لكن زيد فيه قيد التراضى » .

(٢) جاء فى شرح الخرشى جـ ٥ ص ٣ — ٤ : « استعمال باع إذا أخرج واشترى إذا أدخل وهى أفصح ... وأما شرى فيستعمل بمعنى باع كما فى قوله تعالى « وشروه بثمن بخس ... » أى باعوه ففرق بين شرى واشترى » . . والبيع الأعم عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة فتخرج الإجارة والكراء والنكاح وتدخل هبة الثواب والصرف والسلم » .

(٣) جاء فى المجموع شرح المهذب جـ ٩ ص ١٤٨/١٤٩ : « يقال بعت الشىء بمعنى بعته وبمعنى شريته ويقال شريت الشىء بمعنى شريته وبعته وأكثر الاستعمالات بعته إذا أزالت الملك فيه بالمعاوضة واشتريته إذا تملكته بها . . والابتياع الاشتراء ... وهو من الأضداد على اصطلاح اللغويين ومن المشترك على اصطلاح الأصوليين قال تعالى : « ومن الناس من يشرى نفسه » . وقال تعالى : « وشروه بثمن بخس » وأما حقيقة البيع فى اللغة فهو مقابلة المال بالمال وفى الشرع مقابلة المال بمال أو نحوه تمليكا » .

(٤) انظر فى فقه الحنابلة المغنى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٢ طبعة ١٣٤٧ هـ .

(٥) وفى هذا تختلف الشريعة عن القانون فقد فرق بين البيع والمقايضة وعرف البيع فى المادة ٤١٨ من التقنين المدنى المصرى الحالى التى تنص على أن : « البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شىء أو حقاً مالياً آخر فى مقابلة ثمن نقدى وعرف المقايضة فى المادة ٤٨٢ التى تنص على أن : « المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين » . أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود » .

ويخلص من ذكر هذين التعريفين أن الذى يميز المقايضة عن البيع هو أن البدلين فيها ليسا من النقود فكل مقايض يعتبر بائعاً ومشترياً فى وقت واحد فهو بائع للشىء الذى قايض به ومشتر للشىء الذى قايض عليه أما فى البيع فالثمن يجب أن يكون من النقود وهذا وصف جوهرى يفترق به البيع عن المقايضة .

(٦) جاء فى القوانين الفقهية لابن جزىء فى فقه المالكية ص ٢٤١ طبعة ١٣٤٤ هـ : « وأما البيع فثلاثة أنواع : بيع عين بعرض ونعنى بالعين الذهب والفضة وبالعرض ما سواهما وهذا ليس له اسم إلا البيع والقسم الثانى بيع عرض بعرض ويقال له مقايضة والقسم الثالث بيع =

ولما كان حكم البيع هو التمليك والتملك ، فقد ذهب الرأى الغالب فى الفقه الإسلامى إلى أنه يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكا للمبيع وأوقفوا بيع ملك الغير على إجازة المالك أو صاحب الحق فى الإجازة شرعاً .

والذى يبيع ملك غيره فى الشريعة الإسلامية يسمى فضولياً . ولهذا فإننا سنبين فيما يأتى حقيقة الفضالة بين الشريعة والقانون ثم نعرض لبيان حكم بيع ملك الغير .

التعريف بالفضولى فى الشريعة

الفضولى فى اللغة[1] نسبة إلى الفضول جمع الفضل أى الزيادة ويجمع على مالا خير فيه .

وقد غلبت كلمة الفضولى فى التعبير عن الزيادة التى لاخير فيها فقيل فضولى لمن يشتغل بما لا يعنيه .

وفى اصطلاح الفقهاء هو من يتصرف تصرفاً شرعياً ليست له ولاية عليه[2] كمن يبيع مالا يملك بدون إذن شرعى من المالك ، وكمن يشترى

= عين بعين فإن كان بيع ذهب بفضة فهو الصرف وإن كان بيع ذهب بذهب أو فضة بفضة فإن كان بالوزن يقال له مراطلة وإن كان بالعدد يقال له مبادلة » . وانظر أيضاً بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٠٤ وانظر فتح القدير ج ٥ ص ١٨٤/١٨٥ .

(١) جاء فى المصباح المنير ج ٢ ص ٥٧ (الفاء مع الضاد وما يثلثهما) : « فضل فضلا من باب قتل والفضل الزيادة والجمع فضول وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه ولهذا نسب إليه على لفظه فقيل فضولى لمن يشتغل بما لا يعنيه لأنه جعل علماً على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد واشتق منه فضالة » .

(٢) انظر فى بيان حقيقة الفضالة البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ١٦٠ وما بعدها ففيه : « الفضولى فى اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ وقيل الفضولى من يتصرف فى حق الغير بلا إذن شرعى كالأجنبى يزوج أو يبيع ... وفى فتح القدير غلب فى الاشتغال بما لا يعنيه ولا ولاية له فيه » . وانظر أيضاً حاشية الطحطاوى على الدر المختار ج ٣ ص ٨٥ ، ورد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤١ وما بعدها الطبعة الثالثة ١٣٢٥ هـ ، وفتح القدير ج ٥ =

شيئاً لغيره لم يوكله فى شرائه وليست له ولاية الشراء، وكمن يؤجر ملك غيره وكمن يهب، أو يقف أو يوصى بملك الغير وكمن يزوج غيره دون إذنه . وكما يقوم الفضولى بتصرف قولى دون أن تكون له ولاية التصرف فإنه قد يقوم أيضاً بتصرف فعلى .

وقد نصت على تعريف الفضالة المادة ١١٢ من مجلة الأحكام العدلية فقالت : « الفضولى هو من يتصرف فى حق الغير بدون إذن شرعى » .

الفضالة فى القانون

هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك (م ١٨٨ مدنى مصرى) .

وقد بين المشرع فى التقنين المدنى الفرنسى حقيقة الفضالة وأحكامها فى المواد من ١٣٧١ إلى ١٣٧٥ تحت عنوان « شبه العقد » . وتعتبر الفضالة المصدر الثانى من مصادر الالتزامات فى فقه القانون المدنى الفرنسى[1] .

= ص ٣٠٩ وما بعدها ، وتبيين الحقائق للزيلعى ج ٤ ص١٠٣ وما بعدها والبدائع للكاسانى ج ٥ ص ١٤٨ وما بعدها وجامع الفصولين ج ١ ص ٢٢٨ وما بعدها .

وانظر من المراجع الحديثة أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص ٣ وما بعدها ففيه : « الفضالة وصف يقوم بشخص يتصرف بمقتضاه فى شئون غيره نفساً ومالا بدون إذن من صاحب الشأن الذى تصرف عنه ، ولا ولاية شرعية ولا وصاية والذى يصدر عنه العمل يسمى فضولياً » . وانظر الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للأستاذ الشيخ محمد أبى زهرة ص ٣٤٢ والمعاملات الشرعية لأحمد أبى الفتح ج ٢ ص ٣٠٣ طبعة ١٣٣٢ هـ / ١٩١٤ م ، والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٦٢٤ الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٣ م .

(١) انظر رسالة فى الفضالة للأستاذ موريس ماروت ص ٣٥ وما بعدها باريس ١٩٣١م . وانظر مازو فى الالتزامات ج ٢ فقرة ٦٦٩ صفحة ٦٤٣ طبعة ١٩٦٢ م . وانظر بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ فقرة ١١٨٥ ص٤٥٦ طبعة ١٩٥٧م ، ودى لا موراندبير ج٢ ص٧٤٦ فقرة ١٣١٥ طبعة ١٩٥٩م . ونصت المادة ١٤٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على تعريف الفضالة فقالت : « يكون العمل فضولياً حين يقوم المرء من تلقاء نفسه بإدارة شئون الغير عن علم وبلا تفويض بقصد العمل لحساب ذلك الغير » ونصت المادة ١٥٠ على أن : « الأعمال القانونية كالأعمال المادية يمكن أن تكون محوراً لعمل الفضولى » .

ويستفاد من تعريفها السابق أنه يشترط لقيامها الشروط الآتية :

١ — قيام الفضولى بشأن عاجل لحساب شخص آخر وقد يكون هذا الشأن عملا قانونياً ، كأن يبيع الفضولى أو يؤجر شيئاً لرب العمل ، وقد يكون عملا مادياً كإطفاء حريق شب بمنزل الجار ، ولا يكفى أن يكون هذا العمل نافعاً بل لا بد أن يكون ضرورياً ، وإذا قام الفضولى بالعمل الذى تولاه وعاد ذلك بالنفع على رب العمل فإنه يحق له الرجوع عليه بما أنفقه من المصروفات وما ضاع عليه من خسارة أو فاته من ربح حتى لا يثرى هذا الغير على حسابه دون سبب[١] .

٢ — أن يقصد فى قيامه بهذا الشأن العاجل مصلحة رب العمل ، وهذه النية هى التى تميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب ، فإذا عمل شخص لمصلحة نفسه فإنه لا يكون فضولياً حتى لو عاد تدخله بنفع على الغير ، ولا يمكنه فى هذه الحالة أن يرجع بدعوى الفضالة وإنما يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها .

ويجوز أن يعمل الفضولى لمصلحة نفسه ولمصلحة رب العمل فى وقت معاً ، كالشريك فى الشيوع حين يؤجر العين الشائعة لمصلحة نفسه ولمصلحة شريكه . وهذا ما نصت عليه المادة ١٨٩ من التقنين المدنى المصرى الحالى من أنه : « تتحقق الفضالة ولو كان الفضولى فى أثناء توليه شأناً لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر » . فالمهم هو انصراف نية الفضولى إلى العمل لمصلحة الغير .

---

(١) الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى طبعة ١٩٥٢م ج ١ ص ١٢٣٤ ، وانظر له نظرية الالتزامات ص ٤٠٤ — ٤٠٨ طبعة ١٩٣٨ ، وانظر أيضاً شرح القانون المدنى للدكتور محمد كامل مرسى ج ٢ ص ٣٧٤ وما بعدها طبعة ١٣٧٢ هـ / ١٩٥٣ م . ومصادر الالتزام للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص ٦٢٣ — ٦٣٠ طبعة ١٩٥٨ م .

٣ — ألا يكون الفضولى ملتزماً فى القيام بهذا الشأن العاجل ولا موكلا فيه ولا منهياً عنه ، وعلى هذا فلا يعتبر فضولياً من يكون ملزماً بتولى شأن الغير بمقتضى عقد كالوكيل ، أو بمقتضى أمر من المحكمة ، أو بمقتضى نص فى القانون كالوصى[1] .

ونحن نلاحظ أن القانون يتفق مع الشريعة الإسلامية فى أن الفضولى هو من يقوم بعمل لحساب الغير سواء أكان تصرفاً قولياً أم فعلياً فى الشريعة ، أم تصرفاً قانونياً أو عملا مادياً فى القانون ، دون أن تكون له ولاية التصرف ، ثم يختلفان فيشترط القانون أن يقوم الفضولى بشأن عاجل ضرورى لرب العمل تفضلا منه ، أما فى الشريعة فلا يشترط أن يكون هذا العمل عاجلا أو ضرورياً .

حكم بيع ملك الغير فى الشريعة

يرى الحنفية أن الذى يبيع مال الغير دون إذن من هذا الغير ودون أن تكون له ولاية شرعية يسمى فضولياً . وينعقد تصرفه بالبيع صحيحاً موقوفاً لا ينتج أثره حتى يجاز ممن له حق الإجازة كالمالك أو الولى أو الوصى ، ومن ثم فإن التصرف يكون له وجود شرعى ولكن يوقف أثره فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى ، ولا ينتقل ملك الثمن من المشترى إلى البائع حتى يجاز العقد من صاحب الحق .

وبيع مال الغير يتوقف إذا كان له مجيز حال صدوره ، فإذا لم يكن له مجيز

---

(١) انظر فى بيان شروط الفضالة الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى ج ١ ص ١٢٣٧ — ١٢٤٠ والمراجع المذكورة فى الفقرة السابقة . وانظر فى شرح القانون المدنى الفرنسى بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ ص ٤٧٠ — ٤٧١ طبعة ١٩٥٧ م .

فلا ينعقد وهذا إذا باع الفضولى الشىء على أنه لمالكه[١] .

أما إذا باعه لنفسه فإنه لا ينعقد أصلا لأنه لايجوز للواحد أن يتولى الطرفين فى البيع ولأنه فى هذه الحالة يكون مشترياً لنفسه ، وكذلك إذا شرط الفضولى الخيار للمالك يبطل العقد لأن الخيار له بدون الشرط فيكون الشرط له مبطلا ، ولأنه إذا كان للمالك الخيار فى أن يجيز العقد أو يبطله يكون اشتراطه لا فائدة فيه فيلغو . فبيع الفضولى ينعقد موقوفاً إلا فى مثل هـــذه الحالات فيبطل[٢] .

هذا هو رأى الحنفية ويوافقهم المالكية[٣] والحنابلة فى إحدى الروايتين فى المذهب[٤] ، كما جنح إلى هذا الرأى الشافعية فى المذهب القديم وحكى أيضاً

---

(١) جاء فى الهداية ج ٥ ص ٣٠٩ - ٣١١ : « ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ ... ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله فى محله فوجب القول بانعقاده إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء وفيه نفع المشترى فثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه » .

وفى البدائع ج ٥ ص ١٤٨ : « لا ينفذ بيع الفضولى لانعدام الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك ... وأصل هذا أن تصرفات الفضولى التى لها مجيز حالة العقد تنعقد موقوفة على إجازة المجيز من البيع والإجارة والنكاح والطلاق ونحوها فإن أجاز ينفذ وإلا فيبطل » . وانظر فى هذا المعنى فتح القدير ج ٥ ص ٣١١ ، وتبيين الحقائق للزيلعى ج ٤ ص ١٠٣ وما بعدها .

(٢) جاء فى الدر المختار للحصكفى ج ٤ ص ١٤٢ — ١٤٣ (ويبطل بيع الفضولى) من نفسه لأن الواحد لا يتولى طرفى العقد إلا الأب ، وعبارة الأشباه بيع الفضولى موقوف إلا ... إذا باع لنفسه وإذا شرط فيه الخيار للمالك » .

(٣) انظر فى هذا كتاب القوانين الفقهية لابن جزىء ص ٢٣٨ مطبعة النهضة بتونس . وانظر بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٤١ ــ ١٤٢ الطبعة الأولى بمصر .

(٤) جاء فى المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٥ ــ ٢٠٦ : « وإن اشترى بعين مال الآمر أو باع بغير إذنه أو اشترى لغير موكله بعين ماله أو باع ماله بغير إذنه ففيه روايتان . إحداهما البيع باطل ويجب رده ... والثانية البيع والشراء صحيحان ويقف على إجازة المالك فإن أجازه نفذ ولزم البيع وإن لم يجزه بطل » .

عن المذهب الجديد (١) . ويتفق معهم الشيعة الزيدية (٢) والإمامية (٣) والإباضية (٤) فى إحدى الروايتين عندهم.

ويقابل هذا الرأى ما ذهب إليه الشافعية فى المذهب الجديد (٥) وكذا

---

(١) جاء فى المجموع جـ ٩ ص ٢٥٩ : « والقول الثانى وهو القديم أنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك إن أجاز صح البيع وإلا لغا » . وفى مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٥ : « بيع الفضولى وهو البائع مال غيره بغير إذنه باطل وكذا سائر تصرفاته القابلة للنيابة كما لو زوج أمة غيره أو ابنته أو طلق منكوحته أو أعتق عبده أو أجر داره أو وقفها أو وهبها أو اشترى له بعين ماله لأنه ليس بمالك ولا ولى ولا وكيل فلو عبر المنصف بالتصرف بدل البيع لشمل الصور التى ذكرتها. وفى القديم تصرفه موقوف وقيل التصرف صحيح والموقوف الملك.. وهذا القول نص عليه فى الأم ونقله جماعة عن الجديد .. وفى متن البهجة جـ ٢ ص ٤٠٦ . وفى القديم عقد الفضولى موقوف على الإجازة لخبر أبى داود عن عروة البارقى » . وفى شرح البهجة الأنصارى فى نفس الموضع : « قوله وفى القديم موقوف .. وحكى عن الجديد أيضاً » .

(٢) انظر فى هذا كتاب المنتزع المختار فى فقه الزيدية جـ ٣ ص ٤١ .

(٣) جاء فى كتاب مفتاح الكرامة للعاملى جـ ٤ ص ١٨٤ : ويشترط كون البائع مالكا أو ولياً عنه كالأب والجد والحاكم وأمينه والوصى أو وكيلا فبيع الفضولى موقوف على الإجازة على رأى .. وقد أشار إلى ذلك فى جامع المقاصد ووقع عين ذلك المحقق فى الشرائع والنافع وغيره . وفى نفس المرجع ص ١٨٥ : « ... وقال فى المبسوط من باع ما لا يملك كان البيع باطلا . قال فى الخلاف وإذا باع إنسان ملك غيره بغير إذنه كان البيع باطلا .. أدلة البطلان أنه تصرف فى ملك الغير وأنه غير قادر على التسليم فكان البيع فاقداً للشرط والسبب. أما السبب فلأن جواز التصرف فى العقود معلول للملك وهو سبب وعلة له وأما الشرط فلعدم القدرة على التسليم وفى المختصر النافع ص ١١٨ : « ولو باع الفضولى فقولان ، أشبههما وقوفه على الإجازة » .

(٤) انظر فى هذا النيل وشفاء العليل جـ ٤ ص ١٣٦ .

(٥) جاء فى المهذب للشيرازى جـ ١ ص ٢٦١ — ٢٦٢ : « ولا يجوز بيع ما لا يملكه من غير إذن مالكه لما روى عن حكيم بن حزام من أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تبع ما ليس عندك » .

وفى الوجيز للغزالى جـ ١ ص ١٣٤ : « الشرط الثالث فى المعقود عليه أن يكون مملوكا لمن وقع العقد له فبيع الفضولى مال الغير لا يقف على إجازته على المذهب الجديد وكذا بيع الغاصب وإن كثرت تصرفاته فى أثمان المغصوبات على أقيس الوجهين فيحكم ببطلان الكل » .

الحنابلة(١) والشيعة الإمامية والزيدية والإباضية فى الرواية الأخرى عندهم(٢) وكذا أهل الظاهر(٣) فهم يقولون إن بيع الفضولى لمال الغير باطل .

ومن ثم فإننا نخلص إلى أن هناك رأيين فى حكم بيع الفضولى لمال الغير .

رأى يقول بانعقاد التصرف صحيحاً موقوفاً على الإجازة ورأى يقول بأنه باطل .

واستدل كل فريق منهم بالنص وبالقياس وبالمعقول وقد سبق أن أوضحنا أدلة كل منهم تفصيلا وانتهينا إلى ترجيح الرأى القائل بالوقف فليرجع إليه(٤) .

المطلب الثانى

بيع ملك الغير فى القانون

عرفنا أن الحنفية ومن وافقهم من فقهاء المذاهب الأخرى يرون أن بيع ملك الغير ينعقد موقوفاً على الإجازة ممن يملكها .

أما فقهاء القانون الفرنسى والمصرى فقد تضاربت آراؤهم فى حكم بيع ملك الغير فمن قائل إنه باطل بطلاناً نسبياً ، ومن قائل إنه باطل بطلاناً مطلقاً ، ومن قائل إنه قابل للفسخ ، وقبل أن نعرض لبيان ذلك تفصيلا نوضح أولا حكم بيع ملك الغير فى القانون الرومانى .

---

(١) انظر فى هذا كشاف القناع على متن الإقناع لمنصور بن إدريس جـ ٢ ص ١١ الطبعة الأولى ١٣١٩ هـ .

(٢) انظر فى فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملى جـ ٤ ص ١٨٤ ، وفى فقه الشيعة الزيدية المنتزع المختار جـ ٣ ص ٤١ ، وفى فقه الإباضية النيل وشفاء العليل جـ ٤ ص ١٣٦ .

(٣) انظر فى هذا المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٤٣٤ مسألة رقم ١٤٦٠ .

(٤) انظر الفصل الثانى من الباب الأول تحت عنوان : « أدلة القائلين بالوقف وأدلة القائلين بالبطلان » .

بيع ملك الغير فى القانون الرومانى

كان البيع فى القانون الرومانى من عقود التراضى ولكنه لم يكن ناقلاً للملكية ، بل كان عقداً منتجاً لمجرد تعهدات ، ومن مقتضى هذه التعهدات أن البائع يلتزم بتمكين المشترى من وضع يده على المبيع والانتفاع به وحيازته حيازة هادئة ، وكان لا بد لنقل الملكية من اتباع إحدى الإجراءات الشكلية المعروفة فى هذا القانون وهى الإشهاد أو التنازل القضائى أو التسليم أو التقادم .

ولم يكن البائع يلتزم بموجب عقد البيع بنقل الملكية إلى المشترى إلا إذا نص على ذلك صراحة فى العقد، وكان التزامه كما ذكرنا قاصراً على تمكين المشترى من حيازة المبيع حيازة هادئة ، وكان من نتيجة ذلك حرمان البائع من التعرض للمشترى ووجوب دفاعه عنه إذا تعرض له الغير . ولهذا كان بيع ملك الغير صحيحاً عند الرومان لأن البائع لا يلتزم إلا بتمكين المشترى من حيازة المبيع حيازة هادئة وهذا متصور ولو لم يكن البائع مالكا للمبيع لاحتمال ألا يتعرض المالك الحقيقى للمشترى فى وضع يده[1].

بيع ملك الغير فى القانون المدنى الفرنسى

تنص المادة ١٥٩٩ من التقنين المدنى الفرنسى على أن « بيع ملك الغير باطل، وللمشترى الحق فى التعويض إذا كان يجهل أن المبيع ليس مملوكا للبائع » .

وقد تضاربت الآراء فى الفقه الفرنسى فى تأصيل بطلان بيع ملك الغير لغموض النص السابق .

---

(١) انظر فى هذا القانون الرومانى للدكتور محمد عبد المنعم بدر ص ٣١٠ طبعة ١٩٤٦م ، وشرح عقد البيع للدكتور أنور سلطان الطبعة الأولى سنة ١٩٥١ م ص ١٦ — ١٧ .

فذهب فريق منهم إلى أن هذا البيع يعتبر قابلا للفسخ وليس باطلا ، وذلك لأن البائع لم يقم بتنفيذ التزامه وهو نقل ملكية المبيع إلى المشترى فللمشترى أن يطلب فسخ البيع .

وقد انتقد هذا الرأى لتعارضه مع نص المادة السالفة الذكر التى تنص على البطلان، والبطلان شىء آخر غير الفسخ وقالوا بالإضافة إلى ذلك إنه لو كان حكم بيع ملك الغير الفسخ فحسب ، لكان للقاضى سلطة تقديرية فى إجابة المشترى إليه ، ولما استطاع أن يقضى به لو تمكن البائع من نقل الملكية إلى المشترى بعد رفع الدعوى(١) .

ويذهب فريق آخر إلى أن هذا البيع يعتبر باطلا بطلانا مطلقاً إما لانعدام السبب إذ التزام المشترى لا يقابله شىء مادام البائع غير قادر على نقل الملكية إليه ، وإما لاستحالة المحل استحالة مطلقة وهو كون البائع عاجزاً عن نقل الملكية إلى المشترى .

وقد انتقد هذا الرأى لأن هذا البيع لو كان باطلا بطلاناً مطلقاً لما أنتج أثراً. هذا بالإضافة إلى أن البائع قد يحصل على ملكيته للمبيع فينفذ التزامه، فالسبب إذن غير معدوم والمحل غير مستحيل استحالة مطلقة، والبائع إذا لم يقم بتنفيذ التزامه بنقل الملكية إلى المشترى فالجزاء هو الفسخ لا البطلان(٢).

وذهب رأى ثالث إلى أن دعوى بطلان بيع ملك الغير تعتبر دعوى ضمان الاستحقاق يسبق المشترى إلى رفعها قبل أن ترفع عليه هو دعوى الاستحقاق من المالك الحقيق ، ذلك أنه إذا كان المشترى لا يستطيع الرجوع على البائع بمقتضى أحكام الضمان إلا إذا حصل له تعرض فعلى من المالك ،

---

(١) انظر فى بيان هذا الرأى بودرى وسينيا فى البيع والمقايضة حـ ٢ ص ٩٣ بند ١١٧ وانظر كذلك مازو جـ ٣ بند ٨١٩ طبعة ١٩٦٠ م .

(٢) انظر مازو جـ ٣ ص ٦٩٥ بند ٨١٦ ، وعقد البيع للأستاذ الدكتور السنهورى ص ٢٧٦ — ٢٧٧ طبعة ١٩٦٠م .

فإنه لا يلزم فى حالة بيع ملك الغير أن يقع تعرض فعلى، وإنما يكفى أن يوجد ما يخشى معه التعرض.

وقد انتقد هذا الرأى نظراً لعدم اتفاق أحكام تقادم دعوى البطلان مع أحكام تقادم دعوى الضمان فى القانون الفرنسى[١] كما أن أحكام بيع ملك الغير تختلف بصفة عامة عن أحكام الضمان.

وذهب رأى رابع إلى أن أساس البطلان هو الغلط الذى يقع فيه المشترى. ذلك أن المشترى قد اعتبر ملكية المبيع للبائع صفة جوهرية وهذا الاعتبار كان دافعاً له إلى التعاقد، وبالتالى يعتبر هذا الغلط عيباً فى الرضاء، ومن جهة أخرى فإن المشترى يعتبر أنه قد وقع فى غلط فى شخص البائع نظراً لتوهمه أنه المالك، وهذا بدوره يعيب الرضا كذلك، وخلاصة هذا الرأى أن المشترى قد وقع فى غلط فى شخص البائع أو فى المبيع[٢].

ويقتضى ذلك أن البيع لا يكون قابلا للإبطال إلا إذا كان المشترى حسن النية حيث يقع فى غلط فى شخص البائع وفى المبيع، إلا أن هذا يتعارض مع عموم نص المشرع فى هذا الصدد الذى يجعل للمشترى أن يطلب البطلان فى جميع الحالات سواء أكان حسن النية أو سيىء النية بأن كان يعلم أن المبيع ليس مملوكا للبائع، وكل ما رتبه القانون من أثر فى حالة علم المشترى بأن المبيع غير مملوك للبائع هو حرمان المشترى من طلب التعويض[٣].

بيع ملك الغير فى القانون المدنى المصرى

اختلف رأى الفقهاء فى مصر فى تأصيل بطلان بيع ملك الغير ونوضح فيما يلى هذه الآراء :

(١) انظر فى هذا موسوعة داللوز تحت عنوان : « بيع » رقم ٣٨٩ .

(٢) انظر فى هذا مازو ج ٣ رقم ٨١٦ ص ٦٩٥ — ٦٩٦ ؛ جوسران ج ٢ رقم ١٠٤٣ — ١٠٤٥ ص ٥٤٥ — ٥٤٧ .

(٣) انظر عقد البيع للأستاذ الدكتور السنهورى ص ٢٧٧ هامش ٣ .

الرأى الأول :

ويذهب إلى أن بيع ملك الغير يعتبر باطلا بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة فى الظروف الخارجية المحيطة بالبائع ، ولكن هذا العقد يتحول من بيع ناقل للملكية طبقاً لنظرية التحول المنصوص عليها فى المادة ١٤٤ من التقنين المدنى المصرى إلى بيع منشىء لالتزامات فحسب متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علما أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع ، وقد انتهى هذا الرأى إلى أنه يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير فى المواد ٤٦٦ وما بعدها تطبيقاً تشريعياً لنظرية تحول العقد الباطل ، تجاوز فيها بعض الشىء عما تقتضيه نظرية التحول العامة من انصراف نية المتعاقدين المحتملة إلى التحول إذ فرض فيه انصراف نية البائع المحتملة إلى التحول فرضاً غير قابل لإثبات العكس دون أن يفرض مثل ذلك فى نية المشترى[1] .

وهذا الرأى مردود من ناحيتين :

الأولى : تعارضه مع نص المادة ٤٦٦ من التقنين المدنى المصرى وهى قاطعة فى أن بيع ملك الغير قابل للإبطال وليس باطلا بطلاناً مطلقاً .

الثانية : القول بتحول العقد هنا يتعارض مع نظرية التحول التى يشترط لقيامها انصراف نية كل من المتعاقدين المحتملة إلى ذلك وقت العقد لا بعده . ونية المشترى المحتملة تستعصى على هذا التأويل ، فنيته إما أن تكون قد انصرفت احتمالا إلى العقد الجديد منذ البداية فلا يجوز إثبات العكس ، وبالتالى فليس له بعد ذلك أن يطلب إبطال العقد ، وإما ألا تكون قد

---

(١) انظر فى هذا الوجيز فى البيع والإيجار طبعة ١٩٥٨م للدكتور سليمان مرقس فقرة ٩٤ ص ٤٢٩ .

انصرفت إلى العقد الجديد فلا يكون هناك تحول ، وينبغي أن يبقى البيع باطلا بطلاناً مطلقاً وهذا يتعارض مع صريح النص .

الرأي الثاني :

ويقرر أن بيع ملك الغير يعتبر قابلا للإبطال لمصلحة المشتري[1] بموجب نص خاص وهو في الوقت نفسه غير سار في حق المالك الحقيقي .

والبطلان هنا أنشأه نص تشريعي خاص ، ومن ثم فإن قواعد هذا البطلان تختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة في البطلان ، من ذلك أن بيع ملك الغير ينقلب صحيحاً إذا أصبح البائع مالكا للمبيع ، مع أن العقد القابل للإبطال لا ينقلب صحيحاً إلا إذا أجازه العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته وهو هنا المشتري ، وللمالك الحقيقي أيضاً أن يقره وإقراره يجعل العقد صحيحاً ويجعله في الوقت ذاته سارياً في حقه ، كما أن العقد ينقلب صحيحاً إذا أصبح المشتري مالكا للمبيع (٢).

---

(١) جاء في حكم لمحكمة النقض بجلسة ١٤/٣/١٩٦٣ م (مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٤ رقم ٤٥ ص ٢٩٨) : « بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري ، ومن ثم يكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه ، فإن عقد البيع يبقى دائماً منتجاً لآثاره بحيث يكون للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ويعد هذا منه إجازة للعقد » ، وانظر شرح أحكام عقد البيع للدكتور محمد لبيب شنب ص ٩٢ – ٩٥ طبعة ١٩٦٨ م .

(٢) انظر في هذا البيع والمقايضة للدكتور السنهوري ص ٢٨٣ – ٢٨٤ طبعة ١٩٦٠ م (الجزء الرابع من الوسيط — المجلد الأول) . وانظر مقال الدكتور حلمي بهجت بدوي في بطلان بيع ملك الغير المنشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٥٨٨ وما بعدها . وانظر كذلك البيع للدكتور حامد زكي والأستاذ أحمد نجيب الهلالي ص ١٥٠ وما بعدها . وعقد البيع في القانون المدني للدكتور عبد المنعم البدراوي الطبعة الأولى سنة ١٩٥٧ م ص ٥٧٧ وما بعدها . والعقود المسماة للدكتور محمد كامل مرسي ج ٦ ص ٤٣٧ – ٤٥٠ .

وانظر في اعتبار البطلان هنا من نوع خاص أنشأه النص مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٩٣ .

وقد تضمنت النص على ذلك المواد من ٤٦٦ إلى ٤٦٨ من التقنين المدنى المصرى الحالى .

فنصت المادة ٤٦٦ على ما يأتى :

١ — « إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشترى أن يطلب إبطال البيع ، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد أو « لم يسجل » .

٢ — « وفى كل حال لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد » .

وتنص المادة ٤٦٧ على أنه : « إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحاً فى حق المشترى » .

٢ — « وكذلك ينقلب العقد صحيحاً فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد » .

وتنص المادة ٤٦٨ على أنه : « إذا حكم للمشترى بإبطال البيع ، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية »(١).

الرأى الثالث :

ويذهب إلى القول بأن بيع ملك الغير موقوف على الإجازة على غرار العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى(٢). ويقول هذا الرأى : «قد تضاربت آراء الشراح فى طبيعة البطلان الذى يلحق بيع ملك الغير ، على أن الرأى الصحيح هو أن بيع ملك الغير بيع غير نافذ فى حق المالك وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية

---

(١) ونقابل هذه النصوص المواد من ٤٣٤ ـ ٤٣٦ من القانون المدنى السورى والمواد من ٤٥٥ إلى ٤٥٧ من التقنين المدنى الليبى .

(٢) النظرية العامة للتأمين العينى للدكتور شفيق شحاته فقرة ٩٢ ص ٧٩ طبعة ١٩٦٢م .

يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين ، وليس معنى ذلك أن العقد باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً فالعقد يعتبر فى هذه الصورة عقداً موقوفاً .
والعقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك . فإذا أقره المالك أنتج أثره فيمابين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك ، وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان » .

ويؤخذ على هذا الرأى ما يأتى :

أولا : لا يمكن القول بانعقاد بيع ملك الغير موقوفاً على الإجازة فى القانون المدنى المصرى الحالى طالما يوجد نص صريح يقضى باعتبار بيع ملك الغير عقداً قابلا للإبطال (م ٤٦٦) لا عقداً موقوفاً ، وحينئذ فلا مجال للاجتهاد فيما فيه نص صريح ، ويجب إعمال هذا النص الصريح .

ولا يمكن القول باعتبار تصرف ما فى ظل القانون المدنى المصرى الحالى موقوفاً إلا حيث لا يوجد نص وفقاً لأحكام المادة الأولى فقرة ثانية من هذا القانون ، وذلك كما فى حالة تجاوز الوكيل لحدود الوكالة حيث لا نص على حكمه فيمكن القول بانعقاده ، موقوفاً على إجازة الموكل .

ثانيا : بيع ملك الغير باعتباره عقداً قابلا للإبطال ينتج أثره فى الحال إلى أن يقضى ببطلانه ، ولا يبطل إلا إذا طلب المشترى ذلك . أما العقد الموقوف فلا ينتج أثره قبل الإجازة من المالك الحقيقى ، كما تقضى بذلك أحكام الشريعة الإسلامية عند القائلين بفكرة العقد الموقوف . كما أن المشترى فى القانون فى حالة بيع ملك الغير يملك الإجازة . أما فى الشريعة الإسلامية فالعقد الموقوف لا يجيزه إلا المالك الحقيقى أو من يقوم مقامه .

وقد انتقد هذا الرأى أيضاً بعض فقهاء القانون المدنى المصرى مقرراً أن المشرع فى التقنين المدنى وإن عرف التصرف الموقوف فى الأمور التى

استقى أحكامها من الشريعة ، كما هو الحال بالنسبة للوصية بأكثر من الثلث ، إلا أنه فى الأمور التى لم يستقها من الشريعة لا يعرف شيئاً اسمه العقد الموقوف . فالعقد إما صحيح وإما باطل ، والباطل إما أن يكون باطلا بطلاناً مطلقاً ، وإما أن يكون باطلا بطلاناً نسبياً ولا شيء أكثر من هذا(١) .

---

(١) جاء فى كتاب التأمينات الشخصية والعينية للأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣١٨ هامش (١) الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ : « ويلاحظ أن زميلنا الدكتور شفيق شحاتة يكيف التصرف فى ملك الغير بالبيع أو بالرهن بأنه عقد موقوف وهو يقول فى ذلك إن رهن ملك الغير ، يعتبر عقداً موقوفاً لا صحيحاً ولا باطلا وهذا قول عجيب . فالزميل يقصد بالعقد الموقوف أن أثره يتوقف على الإقرار الصادر من المالك ، ونحن نفهم تماماً أن التصرف فى ملك الغير لا ينفذ فى حق المالك إلا إذا أقره ولكن هذا الأثر لا يمكن ترتيبه على كون العقد موقوفاً ، وإنما على قاعدة أن العقود لا تنفع ولا تضر غير عاقديها ، أما فى العلاقة بين المتعاقدين البائع والمشترى أو الراهن والمرتهن ، فيقع تكييف العقد على أنه موقوف متناقضاً مع الأحكام العامة فى القانون والأحكام الخاصة لبيع ورهن ملك الغير . فالأحكام العامة للقانون تجعل إبرام العقد أمراً خاصاً بطرفيه ، فهى لا تدخل فيه طرفاً ثالثاً ، والعقد إذا أبرم بين طرفيه ، فهو إما أن يبرم صحيحاً أو باطلا ، ويجب ألا نخلط بين إبرام العقد وبين إنتاج أثره ، فهذا أمر وذاك آخر . أما الأحكام الخاصة ببيع ورهن ملك الغير فهى لا تتسق أبداً مع القول بأن العقد يقع موقوفاً على إقرار المالك الحقيقى وذلك للأسباب الآتية :

١ — القول بأن العقد موقوف على إقرار المالك الحقيقى يجعل مصيره بين يدى هذا الأخير وحده ، فلا يخول لأى من الطرفين البائع والمشترى أو الراهن والمرتهن الخلاص منه ، وهذا يتنافى مع ما يقضى به القانون من إمكان البائع والمرتهن الخلاص من التصرف ، وعلى أية حال ففكرة العقد الموقوف لا يمكن أن تفسر لنا التمييز بين الطرفين لمنح أحدهما (المشترى والمرتهن) وسيلة للخلاص من التصرف دون الثانى (البائع أو الراهن) ولا ينطلى علينا تفسير صاحب الفكرة هذا بأن منع البائع أو الراهن من الخلاص من التصرف يرجع إلى أن العقد الموقوف يمنح الطرف الثانى (المشترى أو المرتهن حقاً موقوفاً) إذ فى هذا القول شيء من التناقض ، لأن العقد الموقوف لا ينتج أى أثر ما دام موقوفاً .

٢ — يؤدى القول بفكرة العقد الموقوف أنه لا ينتج أى أثر ما دام المالك الحقيقى لم يقره ، وهذا يتعارض مع ما يقضى به القانون من أننى إذا بعت لك شيئاً مملوكا للغير أو رهنته لك حيازياً فإنى أتحمل قبلك بكافة الالتزامات الشخصية كأن أسلم إليك الشيء وعلى الأخص أنى أضمن لك استحقاق الغير له .

=

ونحن نؤيد هذا الرأى ونرتضيه إذ أنه لا يمكن اعتبار تصرف ما موقوفاً فى ظل التقنين المدنى المصرى الحالى طالما لا يوجد نص يقرر ذلك، وقد يكون من الأفضل من ناحية السياسة التشريعية أن يأخذ المشرع المصرى بفكرة العقد الموقوف فى تقنيننا المدنى لشمولها ودقتها، كما أخذ بها المشرع فى التقنين المدنى العراقى، فنصت المادة ١٣٥ من هذا التقنين على ما يأتى:

١ — من تصرف فى ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك.

٢ — فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلا ويطالب الفضولى بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر.

٣ — وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولى بطل التصرف وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولى البدل فله الرجوع عليه به، فإن هلك البدل فى يد الفضولى بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد أداه عالماً أنه فضولى فلا رجوع له بشىء منه.

٤ — وإذا سلم الفضولى العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت فى يده بدون تعد منه فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء، فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه فى تضمين الآخر».

= ٣ — وحتى بالنسبة إلى حق الملكية أو حق الرهن، فالقول بان بيع أو رهن ملك الغير يكون موقوفاً على إقرار المالك الحقيقى يقع فاسداً ولا أدل على ذلك من أن الحق يتقرر أحياناً على الشىء دون أى إقرار من المالك المتصرف، ويحصل ذلك فى الحالة التى تؤول فيها الملكية المتصرف، حتى إذا كان ذلك حاصلا رغم إرادة المالك الأصلى، كما إذا آلت الملكية للمتصرف نتيجة وضع اليد، والحقيقة أن المشرع المصرى وإن عرف التصرف الموقوف فى الأمور التى استقى أحكامها من الشريعة الغراء، كما هو الحال بالنسبة إلى الوصية بأكثر من الثلث حيث تقع موقوفة على إجازة الورثة إلا أنه فى الأمور التى لم يستقها من الشريعة لا يعرف شيئاً اسمه التصرف أو العقد الموقوف».

فالمشرع فى هذا التقنين قد سار على قواعد الفقه الإسلامى فاعتبر بيع الفضولى موقوفاً على إجازة المالك .

وحسناً فعل المشرع العراقى فى ذلك ، وحبذا لو حذا المشرع عندنا فى مصر حذوه إذ الأولى أن يقال بوقف نفاذ العقد على إجازة المالك الحقيق بدلا من أن يقال بأنه عقد قابل للإبطال ، أو قابل للفسخ أو باطل بطلاناً مطلقاً على نحو ما ذهب إليه فقهاء القانون . فالقول بالوقف يحسم هذه الخلافات ، ويقضى عليها ويضع حكماً واحداً للمسألة ، فضلا عن أنه يحقق حماية أكثر للمالك الذى بيع ملكه بدون إذنه ، إذ أن التصرف يبقى موقوفاً بالنسبة له ، وبالنسبة للمتعاقدين . أما فى العقد القابل للإبطال فإن نفاذ العقد قبل إجازته أو إبطاله قد يتحقق من جرائه ضرر بصاحب الشأن ، كالمالك حين يباع ملكه بغير إذنه فقد لا يريد بيع المبيع الذى حدث فيه التصرف دون إذنه أو إقراره .

المبحث الثانى

شراء الفضولى للغير فى الشريعة وما يقابله فى القانون

فى المذهب الحنفى إذا اشترى الفضولى شيئاً لغيره فإن الأمر لا يخلو من حالتين :

الحالة الأولى : إما أن يضيف العقد إلى نفسه .

الحالة الثانية : إما أن يضيفه إلى الذى اشترى له .

فإذا أضاف العقد إلى نفسه ، ولم يضفه إلى الذى اشترى له فإن العقد ينفذ فى حقه ، ولا يتوقف على إجازة الغائب ، ويصبح الشىء الذى اشتراه

لنفسه ، سواء وجدت الإجازة من الذى اشترى له أو لم توجد ، لأن الشراء إذا وجد نفاذاً على العاقد نفذ عليه فيصبح بحكم هذا العقد النافذ مشترياً لنفسه ، وهو المالك لما اشتراه والمدين بثمنه ، وله أن يبيع ما اشتراه بعقد مبتدأ إلى الغائب أو إلى غيره . كل هذا ما لم يكن الفضولى من غير أهل لزوم العهدة ، بأن كان صبياً أو محجوراً فلا يجد العقد نفاذاً عليه لنقص الأهلية ، فيتوقف على إجازة الذى اشترى له ضرورة ، فإن أجازه نفذ وإن كانت العهدة عليه لا عليهما لأنهما ليسا من أهل لزوم العهدة[1] .

أما إذا أضاف الفضولى العقد إلى الذى اشترى له فإن لذلك أربعة أوجه نوضحها على النحو الآتى :

الأول : أن يقول البائع بعت هذا لفلان بكذا، والفضولى يقول اشتريت لفلان بكذا أو قبلت ولم يقل لفلان فهذا يتوقف .

الثانى : أن يقول البائع بعت لأجل فلان والمشترى يقول اشتريت لأجله أو قبلت فهذا أيضاً يتوقف على إجازة ذلك الغير .

الثالث : أن يقول بعت هذا منك بكذا فيقول اشتريت أو قبلت ونوى أن يكون لفلان فإنه ينفذ عليه .

الرابع : أن يقول اشتريت لفلان بكذا والبائع يقول بعت منك فإن

---

(١) جاء فى البدائع للكاسانى جـ ٥ ص ١٥٠ : « الفضولى إذا اشترى شيئاً لغيره فلا يخلو إما أن أضاف العقد إلى نفسه وإما أن أضافه إلى الذى اشترى له ، فإن أضافه إلى نفسه كان المشترى له سواء وجدت الإجازة من الذى اشترى له أو لم توجد لأن الشراء إذا وجد نفاذاً على العاقد نفذ عليه ولا يتوقف لأن الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره قال تعالى : « لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت » . وقال جل شأنه : « وأن ليس للانسان إلا ما سعى » . فشراء الفضولى يعتبر كسبه حقيقة فالأصل أن يكون له إلا إذا جعله لغيره أو لم يجد نفاذاً عليه لعدم الأهلية فيتوقف » . وانظر فى نفس المعنى جامع الفصولين جـ١ ص ٢٣٢ .

العقد يبطل فى أصح الروايتين فى المذهب . وقيل يتوقف ولا ينفذ على الفضولى[١] .

ويعلل الفقهاء توقف نفاذ شراء الفضولى على إجازة الغير فى الوجهين الأول والثانى ، بأن التصرف هنا قد أضيف إلى الغير فيتوقف على إجازته ، لأن تصرف الإنسان وإن كان له على اعتبار الأصل ، إلا أن له أن يجعله لغيره كالوكيل[٢] .

كما يعللون نفاذ التصرف على الفضولى بالشراء فى الحالة الثالثة بأنه لم توجد إضافة إلى ذلك الغير حتى يتوقف نفاذه على إجازته وهذه الإضافة يجب أن تكون من الجانبين ، أى فى الإيجاب والقبول ، فإذا وجدت من أحدهما ، ولم توجد من الآخر فلا يتوقف أيضاً ، لأنه يعتبر شطر عقد ، وشطر العقد لا يتوقف ، وإنما توقف لضرورة الإضافة من الجانبين فإذا لم توجد يجب العمل بالأصل[٣] .

---

(١) جاء فى الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ٢٥١ : « شراء الفضولى على أربعة أوجه : الأول : أن يقول البائع بعت هذا لفلان بكذا والفضولى يقول اشتريت لفلان بكذا أو قبلت ولم يقل لفلان فهذا يتوقف . والثانى : أن يقول البائع بعت لأجل فلان والمشترى يقول اشتريت لأجله أو قبلت فإنه يتوقف . والثالث : أن يقول بعت هذا منك بكذا فقال اشتريت أو قبلت ونوى أن يكون لفلان فإنه ينفذ عليه . والرابع : أن يقول اشتريت لفلان بكذا والبائع يقول بعت منك بطل العقد فى أصح الروايتين » .

وانظر فى نفس المعنى الفتاوى الخانية على هامش الفتاوى الهندية ج ٢ ص ١٧٣ ـ ١٧٤ ، وفتاوى قاضى خان مخطوط رقم ٣٤٤ بدار الكتب المصرية المجلد الثانى ورقة ٣١٥-٣١٦ ، ورد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٤ ، والبحر الرائق ج ٦ ص ١٦٢ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٣١١ ـ ٣١٢ . وجامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٣ .

(٢) جاء فى البدائع للكاسانى ج ٥ ص ١٥٠ : « تصرف الإنسان وإن كان له على اعتبار الأصل إلا أن له أن يجعله لغيره بحق الوكالة وغير ذلك وههنا جعله لغيره فينعقد موقوفاً على إجازته » .

(٣) وجاء فى المرجع المذكور ج ٥ ص ١٥٠ ـ ١٥١ : « ولو قال الفضولى للبائع اشتريت منك هذا العبد بكذا لأجل فلان فقال بعت أو قال البائع للفضولى بعت منك =

أما فى الصورة الرابعة فهناك خلاف فى المذهب : رأى يقول بالبطلان لعدم التوافق بين الإيجاب والقبول ، ورأى يقول بانعقاده ، موقوفاً على إجازة الغير الذى أضيف اليه . والصحيح هو الرأى الأول لأنه لا بد من توافق الإيجاب والقبول . ثم إن تصرف الفضولى بالشراء هنا لا يتوقف إلا إذا كانت الإضافة من الجانبين فلا يكفى صدورها من جانب واحد .

هذا هو رأى الحنفية فى شراء الفضولى للغير ، ويتفق معهم فى الرأى الشيعة الزيدية[1] فهم يصرحون بأنه لكى يقف التصرف على إجازة الغير فى حالة شراء الفضولى لابد من الإضافة إلى هذا الغير .

ومرجع التفرقة بين بيع الفضولى وشرائه عند الأحناف هو أن الشراء تتحقق فيه التهمة ، فقد يقوم الفضولى بالشراء لنفسه لا لغيره فينفذ التصرف عليه ، وتنصرف إليه آثاره .

أما عند المالكية[2] والحنابلة فى إحدى الروايتين فى المذهب[3] فشراء

= هذا العبد بكذا لفلان فقال اشتريت لا يتوقف وينفذ الشراء عليه لأنه لم توجد الإضافة إلى فلان فى الإيجاب والقبول إنما حدثت فى أحدهما ، وأحدهما شطر العقد فلا يتوقف لأن الأصل أن لا يتوقف ، وإنما توقف لضرورة الإضافة من الجانبين فإذا لم يوجد يجب العمل بالأصل وهذا بخلاف الوكيل بالشراء إذا اشترى شيئاً يقع شراؤه للموكل وإن أضاف العقد إلى نفسه لا إلى الموكل لأنه لما أمره بالشراء فقد أنابه مناب نفسه فكان تصرف الوكيل كتصرفه بنفسه ولو اشترى بنفسه كان المشترى له كذا هذا ... » .

(١) جاء فى كتاب المنتزع المختار جـ ٣ ص ٤٢ فى فقه الشيعة الزيدية : « ولو قصد البائع الفضولى فى بيع مال الغير أن لا يبيع عن الغير بل عن نفسه لنفسه وأجازه المالك انعقد البيع وكان الثمن للمالك والبائع فى ذلك يخالف المشترى فإن المشترى لابد له من الإضافة إلى الغير لفظاً أو نية فإن لم يضف لزمه المبيع لنفسه لأن حكم البائع والمشترى يختلف ولابد للمشترى من الإضافة بالقول » .

(٢) جاء فى مواهب الجليل للحطاب جـ ٤ ص ٢٧٢ : « لم يذكر المصنف حكم شراء الفضولى وحكمه كبيعه » . وجاء فى شرح عبد الباقى الزرقانى على مختصر خليل جـ ٥ ص ١٩ : « وملك غيره على رضاه ولو علم المشترى بأنه فضولى . . . وذكر المصنف بيعه ولم يذكر ابتياعه مع أن حكمهما واحد » . وانظر أيضاً حاشية العدوى على الخرشى جـ ٥ ص ١٨ .

(٣) انظر فى هذا المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٢٠٥ — ٢٠٦ .

الفضولى كبيعه ينعقد موقوفاً على الإجازة سواء أضيف العقد إلى الغير أو أضيف إلى الفضولى نفسه ، فلا يلزم عندهما أن يسند التصرف إلى الغير لكى لا ينفذ عليه على ما رأينا فى المذهب الحنفى .

وفى الرواية الأخرى فى المذهب الحنبلى ينعقـــد تصرف الفضولى بالشراء للغير باطلا ، إلا إن اشترى فى الذمة ونوى الشراء لشخص لم يسمه فيصح ، فإذا أجازه من اشترى له ملكه من حين الشراء لأنه اشترى لأجله فأشبه ما لو كان بإذنه فتكون منافعه ونماؤه له ، وإن لم يجزه من اشترى له وقع الشراء للمشترى ولزمه حكمه[١].

وإلى ما ذهب إليه المالكية والحنابلة فى إحدى الروايتين عندهم جنح الشافعية فى المذهب القديم ، فقالوا إن شراء الفضولى كبيعه ينعقد موقوفاً على الإجازة . أما على المذهب الجديد فإن شراء الفضولى إذا ورد على عين يملكها الغير فإن التصرف ينعقد باطلا ، وإذا ورد التصرف على الذمة وكان المباشر أهلية التصرف ونوى إجراء التصرف لحساب الغير فإن التصرف ينفذ عليه على المذهب الجديد، ويقف على الإجازة على المذهب القديم[٢]، وبالقول

---

(١) جاء فى شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ١٤٤ : « لا يصح تصرف الفضولى ... إلا إن اشترى الفضولى فى ذمته ونوى الشراء لشخص لم يسمه فيصح ... لأن ذمته قابلة للتصرف ... ثم إن أجازه من اشترى له ملكه من حين اشترى له لأنه اشترى لأجله أشبه ما لو كان بإذنه فتكون منافعه ونماؤه له وإن لم يجزه من اشترى له وقع الشراء للمشترى ولزمه حكمه ، كما لو لم ينو غيره وليس له التصرف فيه قبل عرضه على المشترى » .

(٢) جاء فى المجموع شرح المهذب جـ ٩ ص ٢٦٠ : « قال أصحابنا فإذا اشترى الفضولى لغيره نظر إن اشترى بعين مال ذلك الغير ففيه هذان القولان : الجديد بطلانه ، والقديم وقفه على الإجازة ، وإن اشترى فى الذمة نظر وإن أطلق لفظ العقد ونوى كونه للغير فعلى الجديد يقع للمباشر وعلى القديم يقف على الإجازة » .

وانظر أيضاً مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٥ ، ومتن البهجة لابن الوردى وشرح الشيخ زكريا الأنصارى عليها جـ ٢ ص ٤٠٦ طبع المطبعة الميمنية بمصر .

ببطلان شراء الفضولى للغير قال الظاهرية(١) .

ونحن نخلص مما تقدم أن فى شراء الفضولى للغير آراء ثلاثه :

الرأى الأول : ويقول بالوقف مطلقاً وهو رأى المالكية والحنابلة فى إحدى الروايتين فى المذهب ، والشافعية فى المذهب القديم .

الرأى الثانى : ويقول بالبطلان : وهو رأى الشافعية فى المذهب الجديد ، والحنابلة فى الرواية الأخرى فى المذهب وكذا عند الظاهرية .

الرأى الثالث : ويقول بالتفصيل وهو رأى الحنفية والشيعة الزيدية ، فشراء الفضولى للغير يتوقف إذا أضيف الشراء إلى الغير وكانت الإضافة فى الإيجاب والقبول ، وينفذ على الفضولى إن لم يضفه إلى الغير أو أضافه إلى نفسه .

أدلة الرأى الأول

استدل هذا الفريق من الفقهاء بالنص وبالمعقول .

النص :

(ا) من الكتاب : **قال تعالى** : « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »(٢) . فالله سبحانه شرع البيع والشراء والإجارة وغيرها وهى جميعها تدخل فى مفهوم كلمة التجارة

---

(١) جاء فى المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٣٤ مسألة رقم ١٤٦٠ : « فإن اشترى له دون أمره فالشراء للمشترى ولا يكون للذى اشتراه له أراد كونه له أو لم يرد إلا بابتداء عقد شراء مع الذى اشترى له » .

(٢) سورة النساء : آية ٢٩ ج ٥ .

الواردة فى الآية من غير فصل بين ما إذا كان التصرف نافذاً أو موقوفاً فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل .

(ب) من السنة : قال الكرخى : حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزى قال حدثنا الحسن بن القزاز قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة حدثنا الحى عن عروة البارقى أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشترى به أضحية فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا له النبى صلى الله عليه وسلم فى بيعه بالبركة فكان لو اشترى تراباً ربح فيه »[١] . فهذا الحديث صريح فى إجازة بيع الفضولى وأن بيعه موقوف على إجازة صاحب الشأن ، والشراء كالبيع فيه مبادلة مال بمال ، وبما أن البيع من الفضولى يتوقف على الإجازة كما هو عبارة نص الحديث فيجوز الشراء ويتوقف على إجازة صاحب الشأن بطريق دلالة النص .

٢ — المعقول :

قالوا إن هذا التصرف لم يلغ حكمه بل يتأخر إلى إجازة صاحب الحق . فالشراء للغير موقوف على إجازة هذا الغير فإن أجازه نفذ وإلا بطل . وهذه الصفة موجودة فى تصرفات يصححها الخصوم كالوصية من المدين بدين مستغرق والوصية بأكثر من الثلث فإنها موقوفة على إجازة المستحق .

كما أن انعدام الحكم فى الحال وتأخيره إلى حين صدور الإجازة إنما هو لدفع الضرر عن الغير فإن شاء أجاز وإن شاء رفض .

---

(١) انظر فى تخريج الحديث نصب الراية جـ ٤ ص ٩٠ — ٩١ وقد سبق أن انتهينا إلى صحة الاستدلال بهذا الحديث فى الباب الأول تحت عنوان : « أدلة القائلين بالوقف » .

أدلة الرأى الثانى

استدلوا على القول بالبطلان بالنص وبالمعقول :

أولا — النص:

(ا) من الكتاب :

قال تعالى : « ولا تكسب كل نفس إلا عليها »[١]. ووجه الاستدلال من هذه الآية أن الفضولى إذا اشترى للغير بدون أمره فإن الشىء الذى اشتراه يكون له لا للغير الذى اشتراه له سواء أكان فى ذلك قد قصد الشراء لهذا الغير أم لا ، ولا يقع الشراء لهذا الغير إلا بعقد جديد بينهما[٢] .

ويناقش هذا بأن تصرف الإنسان وإن كان له بحسب الأصل إلا أن له أن يجعله لغيره كالفضولى الذى ينعقد تصرفه موقوفاً على إجازة الغير .

(ب) من السنة :

قال صلى الله عليه وسلم : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد »[٣]. فعمل الفضولى كشرائه للغير ليس عملا مشروعاً فيجب رده[٤] .

ويناقش هذا بأن عمل الفضولى غير مردود لأن الرسول صلى الله عليه وسلم فى حديث حكيم بن حزام الذى انتهينا إلى صحة الاستدلال به قد أقر عروة البارقى على ما فعل وأجاز تصرفه ومن ثم فإنه يسقط استدلالهم بهذا الحديث .

---

(١) سورة الأنعام : آية ١٦٤ ج ٨ .

(٢) انظر المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٣٤ مسألة رقم ١٤٦٠ .

(٣) روته السيدة عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم بسند صحيح (انظر فى هذا الجامع الصغير فى الحديث للسيوطى الشافعى ج ٢ ص ٥٣٩ مطبعة مصطفى محمد بمصر) .

(٤) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٣٤ مسألة رقم ١٤٦٠ .

ثانياً — المعقول :

قالوا إن أساس الانعقاد هو الولاية الشرعية على العقد ، فالولاية كالأهلية شرط لصلاحية العبارة لعقد من العقود، ولا ولاية إلا بأن يكون العاقد المشترى ذا شأن فى العقد بأن تكون له ولاية أو وكالة عن صاحب الشأن المشترى له[1] . ويمكن الرد على ذلك بأن الولاية شرط من شروط النفاذ لا من شروط الانعقاد، فإذا لم يجز المشترى له شراء الفضولى فلا ينفذ التصرف وإذا أجازه نفذ فهو وشأنه .

أدلة الرأى الثالث

استدلوا على القول بنفاذ تصرف الفضولى بالشراء عليه إذا أضاف التصرف إلى نفسه بقوله تعالى: «لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت»[2]. وقوله جل شأنه : « وأن ليس للإنسان إلا ما سعى »[3] . ووجه الاستدلال من هذين النصين أن تصرف الإنسان فى الأصل يعتبر له لا لغيره فشراء الفضولى يعتبر كسبه حقيقة فإذا وجد نفاذاً عليه ينفذ ، ولا يتوقف ، لأن الأصل أن يكون له لا لغيره .

كما استدلوا على القول بتوقف شراء الفضولى على إجازة الغير إذا أضيف العقد إلى هذا الغير فى الإيجاب والقبول بما يأتى :

١ — تصرف الإنسان وإن كان له بحسب الأصل ، إلا أن له أن يجعله لغيره كما فى الوكالة وتصرف الوكيل مشروع .

٢ — تصرف الفضولى بالشراء مادام انعقاده موقوفاً على إجازة الغير

---

(١) انظر المجموع فى فقه الشافعية جـ ٩ ص ٢٥٩ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٦ جـ ٣ .

(٣) سورة النجم آية ٣٩ جـ ٢٧ .

فلا ضير فى ذلك ، فإن شاء أجازه ، وإن شاء أبطله فالأمر موكول إليه فى النهاية[١] .

وبالنظر فى هذه الآراء الثلاثة ، وما ورد على أدلتها من مناقشات فإننا نرجح الرأى الأول القائل بالوقف مطلقاً لسلامة أدلته فى جملتها .

مقارنة أحكام الشريعة بالقانون

فى نفاذ تصرف العاقد بالشراء عليه

إذا رجعنا إلى المبادىء العامة فى القانون المدنى نجد أن الفقهاء يميزون فى تصرفات العاقد عموماً سواء أكانت بالبيع أم بالشراء أم بغيرها من التصرفات بين حالتين :

الحالة الأولى : كون العاقد يتعاقد باسمه :

إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقدلمن يتعاقد معه أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الغير الذى أبرم العقد لأجله ، إلا إذا كان من المفروض حتما أن المتعاقدالآخر كان يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب . كما تصرح بذلك المادة ١٠٦ من التقنين المدنى المصرى الحالى .

فالعاقد الذى يعمل لحساب الغير ولكنه يتعاقد باسمه الخاص يلتزم شخصياً بتنفيذ العقد فى مواجهة من تعاقد معه ، وفى هذا يتفق الفقه القانونى مع الفقه الإسلامى .

---

(١) البدائع للكاسانى جـ ٥ ص ١٥٠ — ١٥١ .

الحالة الثانية : العاقد يتعاقد باسم الغير :

إذا كان التعاقد باسم الغير ، ولم يكن المتصرف نائباً عن الغير أو كان نائباً عنه ، ولكنه تجاوز حدود نيابته فإن الفقه القانونى يفرق بين حالتين[١]:

١ — أن يكون الغير عالماً بانتفاء صفة النيابة عن الشخص الذى تعاقد معه ، وفى هذه الحالة لا محل لترتيب أية مسئولية على العاقد . ولا ضرورة فى هذه الصورة لحماية المتعاقد الآخر . وقد كانت المادة ٥٢٣ من التقنين المدنى المصرى القديم تنص على أن : « الوكيل الذى يعمل عملا على ذمة موكله بدون أن يخبر بتوكيله يكون هو المسئول لدى من عامله » . وتنص المادة ٥٢٤ من ذات القانون على ما يأتى : « أما إذا أخبر أن عمله للموكل وعلى ذمته فلا يترتب عليه إلزام غير إثبات التوكيل ولا يكون مسئولا أيضاً عن تجاوز حدود ما وكل فيه إذا أعلم من يعامله بسعة وكالته » .

وقد صدر القانون المدنى المصرى الحالى خلواً من نص مقابل غير أنه لا يجب أن يستنتج من ذلك قصد المشرع إلى الخروج عن هذه الأحكام .

٢ — أن يكون هذا الغير جاهلا انتفاء صفة النيابة بالنسبة لمن تعاقد معه ، وفى هذه الحالة لا محل أيضاً لأن ينفذ العقد على المتعاقد فمؤدى نظام النيابة أن النائب وإن كان له الدور الأول فى إبرام التصرف القانونى إلا أنه بعيد كل البعد عن آثاره ، فإذا امتنع انصراف هذه الآثار إلى الأصيل بسبب انتفاء صفة النائب فلا يكون مؤدى ذلك انصراف تلك الآثار إلى النائب نفسه لأن هذا الأخير لم يكن يتعاقد باسمه ، ولم تتجه إرادته إلى التصرف

---

(١) النيابة فى التصرفات القانونية للدكتور جمال موسى بدر ص ١٣١ (رسالة دكتوراه من جامعة الإسكندرية ١٩٥٣ م) .

لحسابه(١) . وعلى هذا فإذا ترتبت مسئولية على المتعاقد بسبب عدم نفاذ العقد فإنها لا يمكن أن تستند إلى العقد المبرم بينهما إذ أن هذا العقد لا يكون منشئاً لآثاره فى ذمة النائب .

ولكن المتعاقد إن لم يسأل عن عدم نفاذ العقد فى حق الغير مسئولية عقدية ، فإنه يمكن أن يسأل عن ذلك مسئولية تقصيرية فيلتزم بتعويض الطرف الآخر فى العقد على أساس الخطأ الذى وقع فيه بإخفائه عن المتعاقد معه حقيقة اتساع نيابته(٢) .

ونحن نخلص من ذلك أن الفقه القانونى يتفق مع الفقه الإسلامى فى القول بعدم تنفيذ العقد على من يتعاقد باسم الغير دون أن يكون نائباً كالفضولى، ولكنه يختلف عنه فى أنه يجعل المتعاقد مسئولا عن عدم نفاذ العقد على من عقد باسمه ، ويلزمه بتعويض الضرر الذى أصاب الطرف الآخر من جراء عدم نفاذ العقد(٣) .

المبحث الثالث

إجارة ملك الغير

المطلب الأول

إجارة ملك الغير فى الشريعة

الإجارة لغة الكراء ، يقال أجرت الدار فأنا مؤجر ، ويقال آجرته

---

(١) المرجع السابق ص ١٣١ .

(٢) المرجع السابق ص ١٣٢ .

(٣) انظر فى هذا العقود المسماة للدكتور محمد كامل مرسى ص ٣٠٤ فى الكفالة والوكالة هامش ١ ، ص ٢٧٠ هامش ٢ .

مؤاجرة مثل عاملته معـــاملة ، ويستعمل الأجر بمعنى الإجارة ، وبمعنى الأجرة(١).

وفى الاصطلاح الإجارة تمليك المنافع بعوض أو هى بيع المنفعة،وهى جارية على خلاف القياس لأن المعقود عليه فيها المنفعة وهى معدومة وقت العقد ، وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح ضرورة إذ المعدوم لا يعتبر محلا للعقد لأنه ليس بشىء فيستحيل وصفه بأنه معقود عليه ، ولا يمكن جعل العقد مضافاً إلى زمن الوجود لأن المعاوضات لا تحتمل الإضافة كالبيع ومع مخالفة الإجارة للقياس أجازتها الشريعة الغراء استحساناً لحاجة الناس إليها(٢).

والإجارة كالبيع يشترط فيها أن يملك العاقد محل العقد أو يكون له الولاية عليه فإذا صدرت من الفضولى كأن يؤجر عيناً لا يملكها أو أن يؤجر المالك ما سبق له تأجيره لأنه فى الصورة الأخيرة يتصرف فى المنفعة وهو لا يملكها . فإنها تنعقد موقوفة لحظ مالك المنفعة فإن أجاز الإجارة جازت ووجبت له الأجرة وإن ردها بطلت .

وقد نصت على ذلك المادة ٧٢٣ من مجلة الأحكام العدلية فقالت : « يشترط لنفاذ الإيجار كون العاقدين عاقلين غير محجور عليهما وكون المؤجر مالكا لما يؤجره أو وكيلا للمالك أو ولياً عليه » . ونصت المادة ٧٢٥ على أنه : « تنعقد إجارة الفضولى موقوفة على إجازة المالك فإن كان هذا صغيراً

---

(١) جاء فى المصباح المنير ج ١ ص ٦ — ٧ الطبعة السادسة ١٩٢٥م الأميرية (الألف مع الجيم وما يثلثهما) : « أجره الله أجراً من باب قتل . . وأجره .. إذا أثابه وأجرت الدار والعبد .. فأنا مؤجر ولا يقال مؤاجر ، وآجرته مؤجرة عاملته معاملة .. والأجرة الكراء . ويستعمل الأجر بمعنى الإجارة وبمعنى الأجرة وجمعه أجور » .

(٢) جاء فى البدائع للكاسانى ج ٤ ص ١٧٣ : « الإجارة بيع المنفعة والمنافع للحال معدومة والمعدوم لا يحتمل البيع فلا يجوز إضافة البيع إلى ما يؤخذ فى المستقبل كإضافة البيع إلى أعيان تؤخذ فى المستقبل فإذن لا سبيل إلى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المآل فلا جواز لها رأساً لكنا استحسنا الجواز » .

أو محجوراً أو كانت الأجرة ليس فيها غبن فاحش انعقدت إجارة الفضولى موقوفة على إجازة الولى » .

كما نصت المادة ٥٧٩ من مرشد الحيران على أنه : « يشترط لانعقاد الإجارة أهلية العاقدين بأن يكون كل منهما عاقلا مميزاً ويشترط لنفاذها كون العاقدين عاقلين غير محجورين ، وكون المؤجر مالكا لما يؤجره أو وكيله أو وليه أو وصيه » .

وإلى هذا الحد فلا خلاف بين عقد الإجارة وأى عقد آخر موقوف كالبيع ، وما سبق إنما يتم حيث لم تستوف المنفعة .

أما إن استوفيت أو استوفى بعضها فإن الإجازة لا تلحق العقد فى حق ما استوفى من المنافع ، وبيان ذلك أن المنفعة فى الإجارة كالعين فى البيع ، وهلاك العين فى البيع يمنع الإجازة ويبطل به العقد الموقوف فكذلك يكون الأمر فى هلاك المنفعة . فالإجارة عقد من العقود التى يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع ، فما استوفى من المنفعة بمنزلة عقد انتهى فلا تلحقه الإجازة لأن الإجازة لا تلحق إلا العقد الموجود[1] .

(١) جاء فى البدائع للكاسانى ج٤ ص ١٧٦ (كتاب الإجارة) : « وأما شرائط النفاذ فأنواع : . . . منها الملك والولاية فلا تنفذ إجارة الفضولى لعدم الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك عندنا خلافاً للشافعى كالبيع والمسألة ذكرناها فى كتاب البيوع ثم الإجازة إنما تلحق الإجارة الموقوفة بشرائط ذكرناها فى البيوع منها قيام المعقود عليه وعلى هذا يخرج ما إذا أجر الفضولى فأجاز المالك العقد أنه لو أجاز قبل استيفاء المنفعة جازت وكانت الأجرة للمالك لأن المعقود عليه ما فات ، ألا ترى أنه لو عقد عليه ابتداء بأمره جاز فإذا كان محلا لإنشاء العقد عليه كان محلا للاجازة إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، وإن أجار بعد استيفاء المنفعة لم تجز إجازته وكانت الأجرة للعاقد لأن المنافع المعقود عليها قد انعدمت ألا ترى أنها قد خرجت عن احتمال إنشاء العقد عليها فلا تلحقها الإجازة » .

وانظر أيضاً تحفة الفقهاء ج ٢ ص ٥٣٦ – ٥٣٧ لعلاء الدين السمرقندى تحقيق وتعليق الدكتور محمد زكى عبد البر . وانظر جنة الأحكام للسمرقندى سعيد بن على مخطوط رقم ٣٤ بدار الكتب المصرية . والفتاوى الهندية ج ٢ ص ٤٢٣ . وفتاوى قاضيخان ج ٢ ص ١٣١٠ – ٣١١ .

وهذا التصوير هو الذى يفسر أن المجيز يمكنه أن يجيز الإجارة بعد استيفاء بعض المنفعة فتقع إجازته على العقد المتجدد فينفذ لحسابه .

وذهب المالكية(١) إلى أن إجارة الفضولى تنعقد موقوفة على الإجازة عن يملك المنفعة فإذا أجازها مضى العقد وكانت له الأجرة سواء استوفيت المنفعة أم لم تستوف ، فهم لم يفرقوا بين ما إذا كانت المنفعة قد استوفيت فلا تصح الإجازة وبين ما إذا كانت لم تستوف فتصح كما فعل الحنفية .

وإجارة الفضولى فى المذهبين الشافعى والحنبلى لا تختلف عن بيعه . وقد سبق أن بينا رأيهم فى حكمه . ونحن نكتفى بما سبق أن قلناه عند الكلام عن بيع الفضولى لمال الغير .

ومن ثم فإننا نخلص إلى أن هناك ثلاثة آراء فى شأن حكم إجارة الفضولى لمال الغير :

١ — رأى يقول بالوقف مطلقاً وإلى هذا جنح المالكية والشافعية فى المذهب القديم والحنابلة فى إحدى الروايتين فى المذهب .

٢ — رأى يقول بالبطلان وإلى هذا ذهب الشافعية فى المذهب الجديد والحنابلة فى إحدى الروايتين فى المذهب .

٣ — رأى يقول بالتفصيل بين ما إذا كانت المنفعة قائمة لم تستوف ، وبين ما إذا كانت قد استوفيت أو استوفى بعضها وإلى هذا ذهب الحنفية .

---

(١) جاء فى المدونة الكبرى ج ١٤ ص ٨٢ : « قلت أرأيت إن أكريت الدار سنة بمائة دينار ولم أقبض الكراء حتى سكن المتكارى نصف سنة ثم استحق رجل الدار لمن يكون كراء الشهور الماضية فى قول مالك ؟ قال للمكرى الذى استحقت الدار من يديه ، وللذى استحق الدار أن يخرجه وينقض الكراء ، فإن أحب الذى استحق الدار أن يمضى الكراء أمضاه ، ولم يكن للمتكارى أن ينقض الكراء وإن رضى إمضاء ذلك الكراء مستحق الدار قلت ولم يكن للمتكارى أن ينقض الكراء وهو يقول إنما كانت عهدتى على الأول فلا أرضى أن تكون عهدتى عليك أيها المستحق (قال) يقال له ليس ذلك لك ولا ضرر عليك فى عهدتك اسكن فإن انهدمت الدار وجاء أمر لا تستطيع السكنى معه من هدم الدار أو ما أشبهه فأد من الكراء بقدر ما سكنت واخرج » .

آدلة الرأى الأول

أدلة هؤلاء الفقهاء سبق أن أوضحناها عند الكلام عن مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة وغير الصحيحة فنحيل إليها[١] .

أدلة الرأى الثانى

الإجارة كالبيع إذا صدرت من الفضولى فإنها تعتبر باطلة لأن الولاية عندهم شرط فى الانعقاد لا فى النفاذ وقد سبق أن بينا هذه الأدلة تفصيلا وناقشناها فنحيل اليها[٢] .

أدلة الرأى الثالث

ذهب الحنفية إلى التفصيل الآتى :

١ — إذا كانت المنفعة قائمة لم تستوف فإن الإجارة تتوقف على إجازة هذا الغير إذا كانت قد أضيفت إليه كما فى الشراء .

وقالوا فى بيان ذلك — استدلالا لرأيهم — إنه يشترط لورود الإجازة على التصرف الموقوف بقاء العاقدين والمعقود عليه والمجيز[٣] وقت نشوء العقد ووقت الإجازة ، لأن لها تارة حكم الاستناد وتارة حكم الإنشاء[٤] . إما أن لها حكم الاستناد فيشترط وجود هذه الشروط عند العقد ، وإما أن

---

(١) انظر فى هذا الباب الأول من هذه الرسالة تحت عنوان: « أدلة القائلين بالوقف » .

(٢) الموضوع السابق من الرسالة تحت عنوان : « أدلة القائلين بالبطلان » .

(٣) جاء فى الهداية جـ ٥ ص ٣١١ : « الإجازة تصرف فى العقد فلابد من قيامه بقيام العاقدين والمعقود عليه » .

(٤) البدائع جـ ٥ ص ٢٦٤ .

لهـــا حكم الإنشاء فيشترط وجودها عند الإجازة ، فإذا هلكت العين أو استوفيت المنفعة فى الإجارة قبل الإجازة بطل العقد ولا تلحقه الإجازة. كما أن إجازة العقد قبل الاستيفاء بمنزلة ابتداء العقد . وكذلك فإنهم يشترطون أن يضاف الاستئجار إلى الغير حتى يتوقف على إجازته كما فى الشراء[١] . وقد سبق أن أوضحنا ذلك وأدلته تفصيلا عند الكلام على شراء الفضولى.

٢ — إذا لم تكن المنفعة قائمة بأن تكون قد استوفيت كلها أو بعضها فإن الإجازة لا تلحق العقد فى حق ما استوفى من المنافع ، والدليل على ذلك أن المنفعة فى الإجارة كالعين فى البيع ، وهلاك العين فى البيع يمنع ورود الإجازة ، ويبطل به العقد الموقوف فكذلك يكون الأمر فى هلاك المنفعة ، فالإجارة عقد من العقود التى يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع فما استوفى من المنفعة بمنزلة عقد انتهى فلا تلحقه الإجازة لأن الإجازة لا تلحق إلا العقد الموجود[٢] .

وبالنظر فى أدلة الفقهاء فإننا نرجح الرأى القائل بوقف نفاذ الإجارة على إجازة مالك المنفعة ، لأن الضرر يتحقق فى القول بنفاذها دون توقف على إجازته ، ولا يتحقق من جراء الوقف ضرر .

---

(١) جاء فى البدائع ج ٤ ص ١٧٧ : « وأما الاستئجار من الفضولى فهو كشرائه فإنه أضاف العقد إلى نفسه كان المستأجر له لأن العقد وجد نفاذاً على العاقد فينفذ عليه ، وإن أضاف العقد إلى من استأجر له ينظر إن وقعت الإضافة إليه فى الإيجاب والقبول جميعاً يتوقف على إجازته. وإن وقعت الإضافة إليه فى أحدهما دون الآخر لا يتوقف بل ينفذ على العاقد لما ذكرنا فى البيوع بخلاف الوكيل بالاستئجار فإنه يقع استئجاره للموكل وإن أضاف العقد إلى نفسه ، وعلى هذا تخرج إجارة الوكيل لأنها نافذة لوجود الولاية بإنابة المالك إياه مناب نفسه فينفذ كما لو فعله الموكل بنفسه » .

(٢) جاء فى البدائع ج ٤ ص ١٧٧ : « وإن أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تجز إجازته وكانت الأجرة للعاقد لأن المنافع المعقود عليها قد انعدمت ألا ترى أنها قد خرجت عن احتمال إنشاء العقد عليها فلا تلحقها الإجازة .. » .

المطلب الثانى

إجارة ملك الغير فى القانون

إذا لم يكن المؤجر مالكا للعين المؤجرة فإن الإيجار ينعقد صحيحاً فيما بينه وبين المستأجر، ولكنه لا يسرى فى مواجهة المالك الحقيقى لأن المالك يعتبر هنا من الغير . والأصل أن العقود لا تنفع ولا تضر غير عاقديها وخلفائهم وما دام أن الإيجار لا يسرى فى مواجهة المالك فإن لهذا الأخير أن يسترد العين من المستأجر إذا كان قد تسلمها ، وذلك فى أى وقت يشاء ويحق للمالك أيضاً أن يطالب المؤجر بما أخذه من غلة العين حتى لا يثرى على حسابه بدون وجه حق ما لم يكن هذا الأخير حائزاً للشىء بحسن نية (م ٩٧٨ من التقنين المدنى المصرى الحالى)[١]

وللمالك الحقيقى أن يقر الإيجار الصادر من غيره فيجعله نافذاً فى حقه ويتوقف تحديد الوقت الذى ينتج فيه الإقرار أثره على قصد المقر ، فقد يقصد أن يرتب أثره عليه من وقت الإقرار فقط ، وقد يقصد إقرار الإيجار منذ انعقاده فيعتبر كأنه أقام المؤجر وكيلا عنه فيحاسبه على ما قبض من أجرة[٢] .

ويمكن مقابلة بيع ملك الغير بإيجار ملك الغير : فالاثنان يتفقان فى أنهما لا ينفذان أو لا يسريان فى حق المالك الحقيقى ولكنهما يختلفان فى أن

---

(١) انظر فى هذا الوسيط فى شرح القانون المدنى « الإيجار والعارية » للأستاذ الدكتور السنهورى جـ٦ ص ٦٧ ــ ٦٨ طبعة ١٩٦٣م . وانظر عقد الإيجار للأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ص ٩٣ ــ ٩٤ طبعة ١٩٥٢م ، وانظر فى عدم سريان إيجار ملك الغير فى مواجهة المالك الحقيقى « عقد الإيجار » للأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص ٧٥ طبعة ١٩٥٥/١٩٥٦م .

(٢) انظر فى هذا الإيجار والتأمين للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى ص ٢٠ طبعة ١٩٦١م .

الأول قابل للإبطال فيما بين البائع والمشترى ، وقد ورد فى شأن بطلانه نصوص خاصة هى المواد من ٤٦٦ إلى ٤٦٨ من التقنين المدنى المصرى الحالى . أما الثانى فصحيح فيما بين المؤجر والمستأجر[١] .

ولما كانت هذه النصوص التى وردت فى شأن بطلان بيع ملك الغير وهى نصوص استثنائية لايجوز التوسع فيها — غير موجودة فى عقد الإيجار فقد وجب الرجوع فى شأنه إلى القواعد العامة ، وهى تقضى بأن إيجار ملك الغير صحيح فيما بين المؤجر والمستأجر ، وفى هذا يختلف الإيجار عن البيع ، فالبائع لايستطيع نقل الملكية إذا لم يكن مالكا فكان البيع الصادر منه قابلا للإبطال . أما المؤجر فليس هناك مايمنعه من أن يلتزم بتسليم عين لايملكها[٢] ، وليس له حق الانتفاع بها ، ومن أن يمكنه من الانتفاع بها طول مدة الإيجار[٣] . والإيجار يعتبر صحيحاً غير قابل للإبطال أو الفسخ مادام المالك الحقيقى لم يتعرض للمستأجر ، والفسخ لا يكون إلا إذا تعرض المالك . أما فى بيع ملك الغير فإن للمشترى أن يطلب الإبطال لا الفسخ وذلك قبل أن يتعرض له المالك الحقيقى .

ونحن نرى أنه ليس ثمة مايمنع من الأخذ بما ورد فى فقه الشريعة الإسلامية فى هذا الخصوص ، واعتبار إجارة ملك الغير موقوفة على الإجازة ، طالما لا يوجد فى القانون نص فى شأنها ، وذلك وفقاً لما تقضى به المادة الأولى

---

(١) انظر فى هذا شرح أحكام الإيجار للدكتور محمد لبيب شنب ص ١٦٧ طبعة ١٩٦٤ م .

(٢) فليس من شأن الإيجار أن ينشىء للمستأجر حقاً عينياً على العين المؤجرة ، وإنما مجرد حق شخصى قبل المؤجر فى أن يمكنه من الانتفاع بها ، والتمكين من الانتفاع وضع فعلى قد يستطيعه المؤجر ولو لم يكن مالكا للعين المؤجرة . أما نقل الملكية أو إنشاء الحق العينى فهو وضع قانونى لا يستطيعه إلا المالك .

(٣) انظر فى هذا الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى « الإيجار والعارية » جـ ٦ ص ٦٧ — ٦٨ .

فقرة ثانية من هذا التقنين من أنه إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادى القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

وحسناً فعل المشرع فى التقنين المدنى العراقى إذ أخذ بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية من اعتبار إجارة ملك الغير موقوفة على إجازة المالك فنص فى المادة ٧٢٥ منه على أنه : « تنعقد إجارة الفضولى موقوفة على إجازة المالك ، فإن كان هذا صغيراً أو محجوراً وكانت الإجارة ليس فيها غبن فاحش انعقدت إجارة الفضولى موقوفة على إجازة الولى » .

الفصل الثانى

محل العقد الموقوف من التبرعات

تمهيد :

قد يكون محل العقد الموقوف تصرفا من التصرفات التى تعتبر على سبيل التبرع كالهبة والوقف والوصية ، فهذه التصرفات يرد عليها الوقف على الإجازة ، كما يرد على التصرفات التى تتم بعوض ، فإذا وهب شخص مال غيره أو وقفه أو أوصى به دون أن تكون له ولاية شرعية توقف نفاذ هذا التصرف على إجازة ذلك الغير فإن أجازه نفذ وإلا بطل وذلك عند من يقول بفكرة العقد الموقوف من الفقهاء ونبين ذلك فيما يلى :

المبحث الأول

هبة ملك الغير

المطلب الأول

هبة ملك الغير فى الشريعة

الهبة فى اللغة الإعطاء بدون عوض[1] سواء أكان مالا أو غير مال . قال تعالى : « فهب لى من لدنك وليا »[2] . وقال جل شأنه : « يهب لمن

---

(١) جاء فى المصباح المنير ج ٢ ص ١٥٠ (الواو مع الهاء وما يثلثهما) : « وهبت لزيد مالا أهبه له هبة أعطيه بلا عوض ... » وفى التنزيل : « يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور » .

(٢) سورة مريم : آية ٥ ج ١٦ .

يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور »[١]

وفى الاصطلاح :

١ — عرفها الحنفية بأنها « تمليك المال بدون عوض أو بعوض »[٢] .

٢ — وعرفها المالكية بأنها : « تمليك بلا عوض ، وخرج بلا عوض هبة الثواب »[٣] .

٣ — وعرفها الشافعية بأنها : « التمليك بلا عوض »[٤] .

٤ — وعرفها الحنابلة بأنها : « تمليك فى الحياة بغير عوض »[٥]

ونحن نلاحظ أن التعريفات التى تقصر الهبة على أنها إعطاء المال بدون عوض تعريفات غير جامعة ، فالهبة قد تكون بدون عوض وقد تكون بعوض ، وفى الحالة الأخيرة تعتبر الهبة فى تصويرها هبة ابتداء وبيعاً انتهاء .

ولهذا كان التعريف الجامع هو أن الهبة إعطاء المال بدون عوض أو بعوض . وإلى هذا جنح صاحب مرشد الحيران فنصت المادة ٧٧ منه على أن : « الهبة تمليك العين بلا عوض وقد تكون بعوض » .

وقد يوجه إلى هذا التعريف بأن العوض ليس ركناً من أركان الماهية بل هو شرط ، والشرط خارج عن الماهية ، وبناء على هذا يكون تعريف الهبة

---

(١) سورة الشورى آية : ٤٩ جـ ٢٥ .

(٢) تكملة فتح القدير جـ ٧ ص ١١٣ .

(٣) جاء فى الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٩٠ الطبعة الثانية ١٣٠٩ هـ .
« الهبة تمليك بلا عوض أى تمليك ذات . وأما تمليك المنفعة فإما وقف وإما عارية وخرج بلاعوض هبة الثواب ..» وفى نفس المرجع ص ١٠٦ « وجاز للواهب شرط الثواب أى العوض على هبة الثواب نحو وهبتك هذا بمائة أو على أن تثيبنى ولزم الثواب بتعيينه إن قبل الموهوب له فيلزمه دفع ما عين ، وأما عقد الهبة المشروط فيها الثواب فلازم للواهب بالقبض » .

(٤) انظر فى فقه الشافعية مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٩٦ .

(٥) انظر المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٥٩٤ .

بأنه إعطاء المال بدون عوض تعريفاً صحيحاً جامعاً لأفراد المعرف مانعاً من دخول الغير فإن قيل هذا اصطلاحهم ولا مشاحة فى الاصطلاح قلنا يلتنج من هذا أن الدليل غير ملزم لنا .

وركن الهبة هو الإيجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً ، والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر .

وجه القياس أن الهبة تصرف شرعى ، والتصرف الشرعى يكون وجوده شرعاً باعتباره فى حق الحكم ، والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب فلا يكون نفس الإيجاب هبة شرعاً .

ووجه الاستحسان أن الهبة فى اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها فى نفسها، فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فتترتب عليها الأحكام[1] ، والدليل على ذلك حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « لاتجوز الهبة إلا مقبوضة»[2] .

ويترتب على اعتبار القبول ركناً فى الهبة اعتبارها من التمليكات أما إذا لم نعتبره ركناً وأنها تتم بالإيجاب وحده فإنها تكون من الإسقاطات ، وعلى هذا فالهبة لها شبهان : شبه بالتمليكات وشبه بالإسقاطات .

ويشترط فى عقد الهبة أن يكون منجزاً فلا يصح تعليقه ولا إضافته إلى الزمن المستقبل ، وإذا اقترن بشرط جائز كشرط العوض جاز .

ويشترط فى الشىء الموهوب أن يكون مالا متقوماً موجوداً معلوم القدر أو معيناً ، وأن يكون مملوكا للواهب ، فإذا لم يكن مملوكا له فإن المتصرف يعتبر فضولياً ينعقد تصرفه موقوفاً على الإجازة بشرط أن يكون المالك

---

(١) انظر البدائع للكاسانى ج ٦ ص ١١٨ .

(٢) انظر السنن الكبرى للبيهقى ج ٦ ص ١٧٠ .

أهلا للتبرع[١] : فإذا وهب الوالد شيئاً من مال ولده الذى هو فى ولايته. كانت الهبة باطلة لا تلحقها الإجازة لأن هذا المال غير مملوك للأب. ويستحيل تمليك ما ليس بمملوك[٢] . كما أن المالك الحقيق وهو الصغير ليس أهلا للتصرف ، فضلا عن أن فى هذا التصرف ضرراً محضاً له فلا يصح . أما الهبة للصغير فهى جائزة اتفاقاً لوجود النفع المحض له إذا كانت من الأجنبى.

وقد نصت المادة ٨٥٧ من مجلة الأحكام العدلية على أنه : « يلزم أن يكون الموهوب مال الواهب، فلو وهب أحد مال غيره لا يصح . وإذا أجاز المالك الهبة تصح لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة » .

ولما كانت الوكالة بالهبة تنعقد للموكل ويتعلق به حكم التصرف وحقوقه ، فكذلك هبة الفضولى لمال الغير إذا أجيزت فإن الفضولى يكون معبراً كالسفير والرسول فلا تتعلق به حقوق العقد . ولا يكون له بالتالى حق فسخ التصرف مادام تنفيذه لا يلزمه بشىء من الحقوق .

هذا هو رأى الحنفية فى هبة ملك الغير تنعقد موقوفة على إجازة المالك. أو من له الحق فى الإجازة شرعاً .

وإلى هذا الرأى جنح الشافعية فى المذهب القديم فهم يقولون بالوقف على الإجازة فى جميع التصرفات التى تقبل النيابة كالبيع والإجارة والوقف. والهبة والزواج والطلاق[٣] .

---

(١) جاء فى البدائع للكاسانى ج ٦ ص ١١٨ : « أن يكون الموهوب مملوكا فى نفسه فلا تجوز هبة المباحات لأن الهبة تمليك وتمليك ما ليس بمملوك محال ومنها أن يكون مملوكا للواهب فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك» .

(٢) وفى المرجع السابق ج ٦ ص ١١٨ : « وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف لأن التبرع بمال الصغير قربان ماله لا على وجه الأحسن ولأنه لا يقابله نفع دنيوى ... » .

(٣) جاء فى مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٥ : « بيع الفضولى (فى الجديد) ... باطل وكذا سائر تصرفاته القابلة للنيابة كما لو زوج أمة غيره أو ابنته أو طلق منكوحته أو أعتق عبده =

كما يتفق معهم فى الرأى المالكية على أحد الرأيين فى المذهب(١) .

أما عند الشافعية فى المذهب الجديد ، وكذا عند المالكية فى الرواية الأخرى فإن هبة ملك الغير تعتبر باطلة .

ومن ثم فإنه يتلخص لنا أن فى هبة ملك الغير رأيين :

رأى يقول بالوقف وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية على أحد الرأيين فى المذهب ، وكذا الشافعية فى المذهب القديم .

رأى يقول بالبطلان وإلى هذا جنح الشافعية فى المذهب الجديد ، وكذا المالكية فى الرأى الآخر فى المذهب .

= أو أجر داره أو وقفها أو وهبها أو اشترى بعين ماله لأنه ليس بمالك ولا ولى ولا وكيل فلو عبر المصنف بالتصرف بدل البيع لشمل الصور التى ذكرتها وفى القديم تصرفه المذكور كما رجحه المصنف موقوف » . وانظر فى نفس المعنى المجموع شرح المهذب ج ٩ ص ٢٥٩ — ٢٦٠ .

(١) جاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٩١ الطبعة الثانية بالمطبعة الأزهرية ١٣٠٩ هـ : « هبة الفضولى باطلة بخلاف بيعه فإنه صحيح وإن كان غير لازم فيجوز للمشترى التصرف فى المبيع قبل إمضاء المالك البيع لأن صحة العقد ترتب أثره عليه من جواز التصرف فى المعقود عليه والفرق بين بيع الفضولى وهبته ما قاله الشارح من أن بيعه فى نظير عوض بخلاف هبته ومثلها وقفه وصدقته وعتقه فمتى صدر واحد من هذه الأربعة من فضولى كان باطلا ولو أجازه المالك كما ذكره الخرشى فى أول الوقف وهو ظاهر المصنف خليل أيضاً هنا فى الهبة ، وفى الوقف حيث قال : « وصح وقف مملوك » وقال هنا : وصحت فى كل مملوك فظاهره أن غير المملوك وقفه وهبته باطل ولو أجاز المالك ، وذكر بعضهم أن وقفه وهبته وصدقته وعتقه كبيعه فى أن كلا صحيح غير لازم ، فإن أمضاه المالك مضى وإن رده رد واختاره شيخنا العدوى لأن المالك إذا أجاز فعله كان ذلك الفعل فى الحقيقة صادراً منه قال ويمكن حمل كلام المصنف (خليل) على ذلك بأن يراد بالصحة الصحة التامة التى لا تتوقف على شىء » .

وانظر من الرأى القائل بوقف التبرع ، الزرقانى ج ٦ ص ١٠٣ ، وحاشية العدوى على الخرشى ج ٧ ص ٧٩ ، والبهجة فى شرح التحفة للتسولى ج ٢ ص ٧١ ، والفروق ج ٣ ص ٦ — ٧ ، وتهذيب الفروق ج ٣ ص ٨ .

أدلة القائلين بالوقف

١ — الهبة كالبيع وبما أن بيع الفضولى موقوف فهبته كذلك . ويمكن أن يتجه على هذا القياس بأن حكم الأصل غير متفق عليه لأن من الفقهاء من يقول ببطلان بيع الفضولى ، وشرط القياس الأصولى أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه فشرط القياس قد فات وإذا فات الشرط فات المشروط فيكون القياس غير صحيح

ثم إن هذا القياس مردود من ناحية أخرى لأنه قياس مع الفارق ، فالبيع لا يكون إلا بمبادلة مال بمال من الطرفين . وأما الهبة فقد تفقد معنى المبادلة إذا كانت بغير عوض .

٢ — هبة الفضولى لمال الغير تصرف شرعى صادر من الأهل مضاف إلى المحل فينعقد موقوفاً على إجازة صاحب الحق فإن أجازه نفذ وإلا بطل ، ومن ثم فلا ضرر من انعقادها موقوفة على الإجازة لأن الضرر يتحقق فى انعقادها من الفضولى نافذة لا موقوفة .

أدلة القائلين بالبطلان

— هبة الفضولى لملك الغير كبيعه تنعقد باطلة فكما لا يصح بيع الفضولى لا تصح هبته .

ويمكن أن يتجه على هذا القياس بأن حكم الأصل غير متفق عليه فالحنفية والمالكية والحنابلة فى إحدى الروايتين فى المذهب والشافعية فى المذهب القديم يقولون بوقف بيع الفضولى ، وبما أن الشرط غير متوفر فالمشروط لا يتوفر فلا يصح القياس .

٢ — هبة ملك الغير تعتبر صادرة ممن ليست له ولاية شرعية على

التصرف والولاية شرط فى الانعقاد لا فى النفاذ ، ومن ثم فلا تصح هبته ، كما لا يصح أى تصرف آخر منه لعدم الولاية على الشيء المتصرف فيه ، ولا تتحقق له بالتالى القدرة الشرعية على إنشاء التصرف .

ورد على ذلك بأن التصرف صادر من أهله مضاف إلى محله وإذا كان الفضولى لا ولاية له فهذا شرط لنفاذ العقد لا لانعقاده فيترتب عليه انعقاد تصرفه بالهبة ونحوها موقوفاً على الإجازة لا باطلا . ثم إن القول بالبطلان فيه إهدار للتصرف دون مقتضٍ . أما القول بالوقف فإنه يحقق الحماية للمتعاقدين ولصاحب الشأن الذى يوقف نفاذ التصرف على إجازته .

وبالنظر فى أدلة كل من الفريقين وما ورد عليها من مناقشات فإنه يترجح لنا دليل القائلين بالوقف لسلامة أدلته فى جملتها .

المطلب الثانى

هبة ملك الغير فى القانون

نصت على حكم هبة ملك الغير المادة ٤٩١ من التقنين المدنى المصرى الحالى فقالت : « إذا وردت الهبة على شيء معين بالذات غير مملوك للواهب سرت عليها أحكام المادتين ٤٦٦ ، ٤٦٧ » [١].

ونبين حكم هبة ملك الغير فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك الحقيقى :

أولا — حكم هبة ملك الغير فيما بين المتعاقدين :

تعتبر هبة ملك الغير فيما بين المتعاقدين قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب

(١) ويطابق هذا النص المادة ٤٥٩ من التقنين المدنى السورى والمادة ٤٨٠ من التقنين المدنى الليبى ، ونص المشرع فى التقنين المدنى العراقى فى المادة ٦٠٩ / ١ على أنه : « يشترط وجود الموهوب وقت الهبة ويلزم أن يكون معيناً مملوكا للواهب » .

له ، وقد صرحت المادة ٤٩١ سالفة الذكر بأن أحكام بيع ملك الغير تسرى على هبة ملك الغير ، وحكمه كما أسلفنا أنه قابل للإبطال لمصلحة المشترى .

فإذا أجاز الموهوب له الهبة فإنها تنقلب صحيحة وليس معنى ذلك أن يترتب على الإجازة نقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له لأن المالك الحقيقى لم يقر الهبة وهو أجنبى عنها فلا تنتقل الملكية إلا بإقراره ورضائه .

وتنقلب الهبة صحيحة أيضاً إذا آلت ملكية الموهوب إلى الواهب بعد صدور الهبة ، وفى هذه الحالة تنتقل الملكية من الواهب إلى الموهوب له ، وهذا مطابق لأحكام بيع ملك الغير (م ٤٦٧)[1] .

ثانياً — حكم هبة ملك الغير بالنسبة إلى المالك الحقيقى :

المالك الحقيقى أجنبى عن الهبة كما بينا فلا تسرى فى حقه ويبقى مالكا للشىء الموهوب ، وإنما تنتقل الملكية إلى الموهوب له من وقت الإقرار ، وتصبح الهبة صحيحة بهذا الإقرار من تاريخ صدورها دون حاجة إلى عملها من جديد[2] .

ويخلص مما تقدم أن المشرع فى التقنين المدنى المصرى الحالى قد اعتبر هبة ملك الغير قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له إذا كانت الهبة بعوض أو كانت مقترنة بالتزامات فرضت عليه ، وكذلك فقد جعل حكمها فى نفس الوقت عدم السريان أو عدم النفاذ بالنسبة إلى المالك الحقيقى ، كما فعل فى بيع ملك الغير .

ونحن نرى أن فكرة العقد الموقوف فى الشريعة الإسلامية أكثر ملاءمة لمواجهة حكم هبة ملك الغير فالهبة تبقى موقوفة بالنسبة للمتعاقدين ،

---

(١) انظر فى هذا الوسيط للدكتور السنهورى جـ ٥ ص ١٢٢ .

(٢) الوسيط جـ ٥ ص ١٢٣ .

وبالنسبة إلى المالك الحقيقي حتى ترد عليها الإجازة ممن يملكها . وطالما أن التصرف موقوف فلا ضرر على أحد .

أما حكمها في فقـــه القانون فهو مضطرب فهي قابلة للإبطال بالنسبة للموهوب له ، وغير سارية في حق المالك الحقيقي .

ولهذا فإن فكرة الوقف أولى بالقبول لأنها تضع حكما واحداً للمسألة وقد سبق الإشارة إلى هذا عند الكلام عن حكم بيع ملك الغير .

المبحث الثاني

وقف ملك الغير

الوقف في اللغة الحبس[1] .

أما في الاصطلاح فلم تتفق كلمة الفقهاء على معناه :

١ — فذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الوقف هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر في الحال أو في المآل[2].

٢ — وعند المالكية هو حبس العين عن التصرفات التمليكية مع بقائها على ملك الواقف والتبرع اللازم بريعها على جهة من جهات البر[3] .

(١) جاء في المصباح المنير ج ٢ ص ١٤٨ (الواو مع القاف وما يثلثهما) : « وقفت الدابة تقف وقفاً ووقوفاً . سكنت ووقفت الدار حبستها في سبيل الله »

(٢) انظر في فقه الحنفية تبيين الحقائق للزيلعي ج ٣ ص ٣٢٥ .

(٣) جاء في شرح الخرشي في فقه المالكية ج ٧ ص ٧٨ : « الوقف مصدر لإعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً » .

٣ — وذهب أبو يوسف ومحمد[١] من الحنفية والشافعي[٢] والحنابلة[٣] في إحدى الروايتين عندهم إلى أن الوقف هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداء أو انتهاء، وعلى هذا نصت المادة الأولى من قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف لقدرى باشا فقالت: «الوقف هو حبس العين عن تمليكها لأحد من العباد والتصدق بالمنفعة على الفقراء ولو في الجملة أو على وجه من وجوه البر».

٤ — وذهب بعض الفقهاء إلى أن الوقف هو حبس العين عن التصرف فيها والتصدق اللازم بالمنفعة مع انتقال ملكية العين الموقوفة إلى الموقوف عليهم ملكا لا يبيح لهم التصرف المطلق فيها. وهذا هو ظاهر مذهب الحنابلة[٤].

ولما كان التعريف الثالث يقضي بحبس العين على حكم ملك الله، حتى لا تكون سائبة، إذ لا سائبة في الإسلام، وعدم دخولها في ملك الموقوف

---

(١) تبيين الحقائق جـ٣ ص ٣٢٥.

(٢) انظر في فقه الشافعية مغنى المحتاج جـ ٢ ص٣٧٦ فقد جاء فيه: «الوقف لغة الحبس. وشرعاً حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود». وانظر المهذب جـ ١ ص ٤٤٧.

(٣) جاء في المغني لابن قدامة جـ ٥ ص ٥٤٤، «الوقوف جمع وقف يقال منه وقفت وقفاً ... ويقال حبست وأحبست وبه جاء الحديث: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها» ... والوقف مستحب ومعناه تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة».

(٤) انظر المغني لابن قدامة جـ٥ ص ٥٤٨ ففيه: «وينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليهم في ظاهر المذهب» قال أحمد: «إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم وهذا يدل على أنهم ملكوه وروى عن أحمد أنه لا يملك فإن جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته في مرضه يجوز لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكا للورثة وإنما ينتفعون بغلتها وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون ويحتمل أن يريد بقوله لا يملكون أي لا يملكون التصرف في الرقبة فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف وعن الشافعي من الاختلاف نحو ما حكيناه ...».

عليهم ، وليس لهم سوى الريع والثمرة ، فإن هذا يحقق ما شرع الوقف من أجله لأن الواقف حين يقف أرضه فإنما يريد المحافظة على ثروته من الضياع وانتفاع الموقوف عليهم بصفة دائمة ولا يكون ذلك إلا إذا خرجت العين عن ملك الواقف ومنع الموقوف عليه من التصرف فيها بأى تصرف ناقل للملكية . ومن أجل هذا رجح فى نظرى هذا التعريف .

وفى المذهب الحنفى إذا وقف الفضولى ملك الغير توقف نفاذ هـــذا التصرف على إجازة المالك فإن أجازه نفذ وإلا بطل .

وقد نصت على ذلك المادة ٢٠ من قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف لقدرى باشا فقالت : « يشترط لجواز الوقف أن تكون العين المراد وقفها مملوكة ملكا باتاً للواقف وقت الوقف ولو بعقد فاسد مع قبضه فإن لم تكن مملوكة للمتصرف فوقفها فضولى على جهة من الجهات بلا إذن مالكها توقف نفاذ الوقف على إجازة المالك فإن أجازه نفذ وإلا فلا » .

وجاء فى كتاب أحكام الأوقاف للخصاف : « قلت لو قال قد جعلت أرض فلان صدقة موقوفة لله عز وجل أبداً على فقراء المسلمين فبلغ صاحب الأرض فقال قد أجزت ما صنعه فلان فى أرضى ؟ قال تكون وقفاً ، قلت : وكذلك لو قال : جعلتها وقفاً على قوم بأعيانهم ومن بعدهم على المساكين فأجاز صاحب الأرض ذلك قال : هو جائز وتصير الأرض وقفاً على الوجوه التى سبلها وهى وقف من قبل مالكها وإليه ولايتها»[١] .

وعند المالكية[٢] وقف الفضولى لمال الغير باطل على رأى فى المذهب ،

---

(١) انظر فى هذا أحكام الأوقاف ص ١٢٩ : « مطلب وقف ملك الغير ثم أجاز المالك » الطبعة الأولى ١٣٢٢ هـ ـ ١٩٠٤ م تأليف أبى بكر أحمد بن عمرو الشيبانى المعروف بالخصاف . وانظر الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية ص ٦٤ للأستاذ محمد سلام مدكور تحت عنوان « الوقف الصحيح الموقوف » .

(٢) جاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٧١ الطبعة الثانية بالمطبعة الأزهرية ١٣٠٩ هـ : « وقف الفضولى .. غير صحيح ولو أجازه المالك لخروجه بغير عوض =

وفى الرأى الآخر يعتبر وقفه كبيعه ينعقد صحيحاً موقوفاً على الإجازة ممن له ولاية إنشائه فإذا أجاز نفذ وإلا بطل .

وعند الشافعية[1] فى المذهب القديم وقف الفضولى لمال الغير كبيعه ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة صاحب الحق فإن أجازه نفذ وإن رفضه بطل . أما فى المذهب الجديد فإن وقف الفضولى لمال الغير يعتبر باطلا .

ومن ثم فإننا نخلص إلى أن هناك رأيين فى وقف مال الغير :

١ — رأى يقول بالوقف وإلى هذا جنح الحنفية والشافعية فى المذهب القديم والمالكية فى إحدى الروايتين عندهم .

٢ — رأى يقول بالبطلان وإلى هذا جنح المالكية فى الرواية الأخرى عندهم وكذا الشافعية فى المذهب الجديد .

أدلة القائلين بالوقف

١ — وقف الفضولى لمال الغير كبيعه، وبما أن بيعه موقوف فوقفه موقوف على إجازة صاحب الحق .

ويناقش هذا بأن قياس الوقف على البيع قياس مع الفارق فالبيع مبادلة

= بخلاف بيعه فصحيح لخروجه بعوض كما مر ومثل وقف الفضولى هبته وصدقته وعتقه فهو باطل ولو أجازه المالك كما فى الخرشى وهو ظاهر كلام المصنف هنا وذكر بعضهم أن وقف الفضولى وهبته وصدقته وعتقه كبيعه إن أمضاه المالك مضى وإلا رد واختار ذلك القول شيخنا لأن المالك إذا أجاز فعله كان ذلك الفعل فى الحقيقة صادراً منه قال ويمكن حمل كلام المصنف على ذلك القول بأن يقال قوله صح وقف مملوك أى صح صحة تامة فلا تتوقف على شىء أى بخلاف غير المملوك فإن صحته تتوقف على شىء وهو إجازة المالك » . وانظر شرح الخرشى ج ٧ ص ٧٩ وشرح عبد الباقى الزرقانى على مختصر خليل ج ٥ ص ١٩ .

(١) انظر فى فقه الشافعية مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٥ ، والمجموع شرح المهذب ج ٩ ص ٢٥٩ — ٢٦٠ .

مال بمال . أما الوقف فليس فيه معنى المبادلة كالبيع، هذا فضلا عن أن حكم الأصل غير متفق عليه فمن الفقهاء من يقول ببطلان بيع الفضولى لمال الغير، ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح .

٢ — الولاية بالنسبة لمن يقف مال الغير شرط فى النفاذ لا فى الانعقاد، وعدم توفر شرط من شروط النفاذ يترتب عليه عدم نفاذ العقد أى وقفه على الإجازة لا عدم انعقاده . ومن ثم فإن وقف مال الغير ينعقد موقوفاً على الإجازة ممن يملكها .

أدلة القائلين بالبطلان

١ — وقف الفضولى لمال الغير كبيعه وكهبته ينعقد باطلا. وهذا القياس مردود عليه بما يأتى :

(ا) لا يقاس الوقف على البيع لعدم الاتفاق على حكم الأصل وهو بيع الفضولى فمن الفقهاء من يقول بأنه موقوف — هذا فضلا عن أنه قياس مع الفارق إذ أن البيع مبادلة مال بمال. أما الوقف فليس فيه معنى المبادلة، ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح .

(ب) لا يقاس الوقف على الهبة لأنه لا نص فى وقف هبة الفضولى لمال الغير حتى يمكن القياس عليه . كما أن الهبة قد تكون بعوض ففيها معنى المبادلة، أما الوقف فليس بعوض إطلاقاً فليس فى معنى الهبة فافترقا، والقياس مع الفارق فاسد .

٢ — الفضولى — حين يقف مال الغير — ليست هذه القدرة الشرعية على إنشاء التصرف لعدم ولايته . ويرد على ذلك بأن هذه القدرة تتحقق بالأهلية والمحلية وقد توافرا فينعقد التصرف ويوقف على الإجازة ممن يملكها شرعاً، كما أن الولاية شرط من شروط النفاذ لا شرط من شروط الانعقاد كما أسلفنا .

٣ — القول بانعقاد وقف الفضولى لمال الغير صحيحاً موقوفاً على الإجازة فيه انفصال للحكم عن السبب وإذا تراخى الحكم عن السبب لغا الحكم ولم يترتب عليه أثره . ويرد على ذلك بأن الحكم قد يتراخى عن السبب وذلك كبيع الفضولى فإنه إذا أجيز اعتبر نافذاً منذ صدوره إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

ومما سبق يتبين رجحان الرأى الأول القائل بالوقف لأن أدلة الرأى الثانى قد انهارت بالمناقشات التى أوردناها فتكون دعواهم عارية عن الدليل ودعوى الرأى الأول يدعمها الدليل ، ومادعم بالدليل خير مما عرى عنه .

المبحث الثالث

الوصية بمال الغير

الوصية فى اللغة: « أوصيت إليه بمال جعلته له وأوصيته بولده استعطفته عليه وأوصيته بالصلاة أمرته بها »[١] .

أما فى الاصطلاح فقد عرفها بعض الفقهاء بأنها: «تمليك مضاف إلى ما بعد الموت»[٢]. وإلى هذا جنح صاحب مرشد الحيران فنصت المادة ٨٦ على أن : «الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع» .

---

(١) جاء فى المصباح المنير جـ ٢ ص ١٤٥ (الواو مع الصاد وما يثلثهما) : « وصيت الشيء بالشيء من باب وعد وصلته ، ووصيت إلى فلان توصية وأوصيت إليه أيضاً .. والاسم الوصايا بالكسر والفتح لغة وهو وصى والجمع أوصياء وأوصيت إليه بمال جعلته له وأوصيته بولده استعطفته عليه ، وأوصيته بالصلاة أمرته بها » .

(٢) جاء فى البدائع للكاسانى جـ ٧ ص ٣٣٠ : « القياس يأبى جواز الوصية لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت والموت مزيل للملك فتقع الإضافة إلى زمان زوال الملك فلا يتصور وقوعه تمليكا فلا يصح إلا أنهم استحسنوا جوازها بالكتاب العزيز والسنة الكريمة والإجماع ... » . وانظر الوصايا فى الفقه الإسلامى لأستاذنا محمد سلام مدكور ص ٢٥٢ وما بعدها طبعة ١٩٥٨م .

وهذا التعريف فى نظرنا غير جامع لأنه لايشمل الوصية بإقامة وصى على التركة فهو قاصر على التصرفات التمليكية وحدها مع أن الوصية تشمل الأموال والمنافع كما تشمل الحقوق المتعلقة بالمال كالوصية بتأجيل الدين الحال وكالوصية بتقسيم التركة .

وعرفتها المادة الأولى من قانون الوصية الحالى رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فقالت : « الوصية تصرف فى التركة مضاف إلى مابعد الموت » .

وهذا التعريف يمتاز عن التعريف السابق بأنه أطلق كلمة تصرف ولم يقصرها على التمليكات . فيشمل الوصية بالمال والمنفعة وكالوصية بأن يباع ماله من فلان .

وعرفها آخرون بأنها « تصرف يستوجب فى التركة ابتداء حقاً بعد الوفاة »[1] . فجميع التصرفات التى توجب حقاً فى مال المتصرف أو فى ذمته حال حياته لا تعد وصية وإن وجب هذا الحق فى التركة بعد وفاته ، لأنه لم يجب فى التركة ابتداء وذلك كالقرض وكالشراء بأجل وكفالة الدين ونحو ذلك .

أما مايوجب فى التركة ابتداء حقاً من الحقوق فهو وصية كالوصية لفلان بمال أو بالبيع له أو بالوقف عليه أو بتأجيل ماعليه من الدين للموصى وكالوصية للفقراء أو للمساجد أو المستشفيات أو لوفاء الدين من ثمن عين معينة من التركة . وكذلك الوصية بإقامة وصى لأنها توجب فى التركة حقاً هو ثبوت ولايته عليها ونفاذ تصرفه فيها إذا ما تصرف فى الحدود المشروعة له . ومثل ذلك أيضاً الوصية بالبراءة من الدين أو من الكفالة به ، لأنها تصرف يستوجب للمدين أو الكفيل حقاً هو براءة ذمته من مال هو جزء من التركة . وهذا التعريف فى نظرنا هو أفضل التعريفات وأشملها .

(١) انظر فى هذا الميراث والوصية فى الإسلام لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ٩٩ طبعة ١٩٦٤ م .

وفى المذهب الحنفى تنعقد وصية الفضولى بمال الغير موقوفة على الإجازة ممن يملكها ، فإذا أجازها نفذت وإن لم يجزها بطلت .

فإذا أوصى الفضولى بألف من مال غيره أو بعين من ماله، فأجاز المالك ، فهو مخير إن شاء سلمها وإن شاء لم يسلمها[١] .

ولما كانت وصية الفضولى بمال الغير تنعقد صحيحة موقوفة على إجازة صاحب الحق فإن حكمها لا يختلف عن أى تصرف آخر من التصرفات الموقوفة ، كهبة ملك الغير ووقفه ، ولهذا فإننا نكتفى بما قلناه فى بيان هذه التصرفات .

---

(١) جاء فى كتاب البحر الرائق لابن نجيم جـ ٦ ص ١٦٤ : « وأما وصية الفضولى كما إذا أوصى بألف من مال غيره أو بعين من ماله فأجاز المالك فهو مخير إن شاء سلمها وإن شاء لم يسلم كالهبة كما فى القنية من الوصايا وبه علم حكم هبة الفضولى » .

الفصل الثالث

محل العقد الموقوف من العقود الأخرى

قد يكون محل العقد الموقوف من العقود الأخرى كالزواج والطلاق والخلع ، ونكتفى هنا ببيان حكم عقد الزواج الموقوف .

الزواج الموقوف

قد يباشر عقد الزواج فضولى لا ولاية له فى إنشائه[1] ، وقد يباشره وكيل مقيد بحدود الوكالة ثم يتجاوز هذه الحدود[2] ، وقد يباشره ولى بعيد فى المرتبة مع وجود من هو أقرب وأحق بالولاية ودون أن يكون غائباً ، فالعقد فى هذه الحالات ينعقد موقوفاً على الإجازة ممن يملكها ، كما ينعقد موقوفاً أيضاً على إذن الولى زواج الفتاة لنفسها فى الفترة ما بين بلوغ الحلم وبلوغ سن الرشد المالى على ماذهب إليه محمد بن الحسن من الحنفية[3] .

---

(١) نصت على حكم زواج الفضولى المادة ٢٢ من مشروع قانون الأحوال الشخصية فى فقرتها الأولى فقالت : «زواج الفضولى متى وقع صحيحاً يتوقف على إجازة صاحب الشأن » .

(٢) نصت على حكم زواج الوكيل إذا تجاوز حدود الوكالة المادة ٢٢ من المشروع المذكور فى فقرتها الثانية فقالت: « إذا جاوز الوكيل فى الزواج حدود وكالته كان فضولياً » .

(٣) جاء فى الهداية جـ ٢ ص ٣٩١ فى فقه الحنفية : « وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولى بكراً كانت أو ثيباً عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فى ظاهر الرواية وعند أبى يوسف رحمه الله أنه لا ينعقد إلا بولى ، وعند محمد ينعقد موقوفاً وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض إليهن مخل بها » .

وفى ص ٣٩٢ من نفس المرجع : « إلا أن محمداً رحمه الله يقول يرتفع الخلل بإجازة الولى ووجه الجواز أنها تصرفت فى خالص حقها وهى من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف واختيار الأزواج » . وانظر فى بيان هذا الرأى ورأى جمهور الفقهاء وأدلة كل منهم تفصيلا الأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية للأستاذ محمد زكريا البرديسى ص ١٨٦ وما بعدها ، وانظر أيضاً أحكام الأسرة فى الإسلام (الزواج وآثاره فى الفقه الإسلامى) جـ ١ ص ١٧٢ ـ ١٧٣ لأستاذنا محمد سلام مدكور طبعة ١٣٨٧ هـ ١٩٦٧ م .

وكذلك ينعقد موقوفاً على إجازتها إذا زوجها الولى فى هذه الفترة بدون إذنها وهذا ما نصت عليه المادة ٢٤ من مشروع قانون الأحوال الشخصية فى فقرتها الثانية فقالت : « إذا باشرت الفتاة العقد بعد رضا الولى صح العقد وإذا انفرد أحدهما بالعقد قبل رضا الآخر كان موقوفاً على إجازته » .

ولما كان العقد فى الحالات السابقة ينعقد موقوفاً على الإجازة فإنه لا يترتب عليه أى أثر من آثار الزواج قبل إجازته فلا يحل الدخول ولا تجب نفقة وبإجازته يصير العقد نافذاً وتترتب عليه جميع آثاره وتلتحق الإجازة بالإذن السابق على العقد ، أما إذا لم يجزه صاحب الشأن الذى يملك الإجازة فإنه يبطل العقد وإذا مات أحد الزوجين قبل صدور الإجازة فإنه لا يثبت التوارث[1] .

وقد نصت على حكم الزواج غير النافذ المادة ٣٦ من مشروع قانون الأحوال الشخصية فى الفقرة جـ فقالت : « والزواج غير النافذ هو الذى ينعقد موقوفاً على إجازة من له الحق فى الإجازة » .

وإذا حدث دخول بين الزوجين فى مدة وقف العقد ثم أجازه من يملك الإجازة فإن الدخول السابق يصير بالإجازة اللاحقة دخولا فى ظل عقد زواج صحيح نافذ لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق ، وأما إذا رفض صاحب الشأن إجازة العقد ولم يجزه بالرغم من حصول الدخول فإن العقد يعتبر قد حدث فى ظل شبهة قوية تمحو وصف الزنى ولا تسقط الحد ومتى سقط وصف الزنى وسقط الحد ، فإن العقد يعتبر فى حكم العقد الفاسد عند محقق الحنفية، فتترتب عليه بعض الآثار دون بعض فيجب المهر بالدخول

---

(١) انظر فى بيان هذا كله أحكام الأسرة فى الإسلام (فى الزواج وآثاره) جـ ١ ص ٢٠١ للأستاذ محمد سلام مدكور .

ويثبت النسب وتجب العدة احتياطاً . ولا تجب نفقة عدة ولا سكنى ولا يجرى التوارث بسببه .

وإذا كان الدخول قد حدث بعد أن رفض إجازة العقد من يملك الإجازة والرفض وعلم الزوجان ببطلان العقد بسبب الرفض فإن هذا الدخول يعتبر معصية محضة واتصالا غير مشروع ويقام فيه الحد ولا يترتب عليه أى أثر من آثار الزواج[1] .

وقد نصت على هذه الأحكام المادة ٣٧ من مشروع قانون الأحوال الشخصية فقالت : « الزواج الصحيح غير النافذ لا يترتب عليه قبل الإجازة والدخول شيء من آثار الزواج الصحيح وإذا وقع الدخول فيه قبل الإجازة أخذ حكم الزواج الفاسد بعد الدخول إذا لم يجز ويعتبر زواجاً نافذاً من وقت العقد إذا أجيز » .

هذه هى حالات الزواج الموقوف وأحكامه ونخص بالبحث حكم زواج الفضولى .

زواج الفضولى

الفضولى إما أن يكون طرفاً واحداً من طرفى العقد ، كأن يتولى العقد عن الزوج مع الزوجة أو وكيلها أو وليها أو مع فضولى آخر عنها ، كما يجوز أن يتولى هذا العقد فضولى عن الزوجة مع الزوج أو وكيله أو وليه أو فضولى آخر عنه ؛ وفى هذه الحالة يتوقف العقد على إجازة من أقام الفضولى نفسه مقامه فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل . وقد نصت على ذلك المادة ١٤٤ من مرشد الحيران فقالت : « الفضولى الذى يوجب النكاح أو

---

(١) انظر فى بيان هذا أحكام الأسرة فى الإسلام (الزواج وآثاره فى الفقه الإسلامى) جـ ١ ص ٢٠٢ — ٢٠٣ للأستاذ محمد سلام مدكور ، وانظر أيضاً الأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ١٢٨ — ١٢٩ .

يقبله بلا توكيل ولا ولاية ينعقد نكاحه موقوفاً على إجازة من له الإجازة فإن أجازه نفذ وإن أبطله بطل » .

وليس للفضولى أن يرجع عن العقد الذى باشره بعد قبول الطرف الآخر وقبل الإجازة وهذا بخلاف الفضولى فى البيع فإنه يملك الرجوع قبل الإجازة، وذلك لأنه فى البيع تلحقه العهدة فكان له الرجوع كى لا يتضرر بخلاف النكاح فإن الحقوق فيه ترجع إلى المعقود له كما فى الوكالة[1] .

ففى هذه الصورة لا يختلف تصرف الفضولى عن التصرفات الأخرى التى يباشرها كما فى البيع والإجارة وقد سبق أن بحثنا حكم تصرفاته فيها فى فقه المذاهب فنحيل إلى ماسبق دراسته .

أما إذا تولى الفضولى طرفى عقد النكاح فإن لذلك أربع حالات :

الحالة الأولى : أن يكون فضولياً من الجانبين ، كأن يقول بمحضر من الشهود زوجت فلانة من فلان وهو ليس وكيلا عنهما ولا ولياً عليهما .

الحالة الثانية : أن يكون فضولياً من جانب أصيلا من الجانب الآخر، مثل أن يقول والشهود حاضرة تزوجت بفلانة وهو ليس وكيلا عنها ولا ولياً عليها .

الحالة الثالثة : أن يكون فضولياً من جانب وولياً من جانب آخر مثل أن

---

(١) جاء فى البدائع للكاسانى حـ ٥ ص ١٥١ : « ولو فسخه البائع (الفضولى) قبل الإجازة انفسخ واسترد المبيع إن كان قد سلم ويرجع المشترى بالثمن على البائع إن كان قد نقده وكذلك إذا فسخه المشترى ينفسخ . لأن البيع الموقوف لو اتصلت به الإجازة فالحقوق ترجع إلى العاقد فهو بالفسخ يدفع العهدة عن نفسه فله ذلك » .

وفى الهداية جـ ٢ ص ٤٢٨ : « ولنا أن الوكيل فى النكاح سفير ومعبر . . ولا ترجع الحقوق إليه بخلاف البيع لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه » .

يقول وقد حضرت الشهود زوجت بنت ابنى وهى صغيرة من فلان وهو لم يكن قد وكله فى هذا الزواج ولا هو تحت ولايته .

الحالة الرابعة : أن يكون فضولياً من جانب ووكيلا من جانب آخر مثل أن يقول بحضرة الشهود زوجت موكلى فلاناً من فلانة وهذه لم توكله ولم تكن تحت ولايته[١] .

وتولى الفضولى النكاح فى هذه الحالات الأربع غير منعقد[٢] عند أبى حنيفة ومحمد وزفر والشافعى وفى إحدى الروايتين فى المذهب الحنبلى وعند المالكية .

أما أبو يوسف من الحنفية[٣] فيرى انعقاد النكاح فى هذه الصورة جميعها، وإلى هذا جنح الحنابلة فى الرواية الأخرى عندهم[٤] وعلى ذلك فإن فى تولى الفضولى طرفى النكاح رأيين :

---

(١) انظر فى بيان هذه الحالات الأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص٦١ الطبعة الأولى ٦٥/١٩٦٦ م .

(٢) جاء فى الهداية حـ ٢ ص ٤٢٩ فى فقه الحنفية ومن قال اشهدوا أنى تزوجت فلانة فبلغها فأجازته فهو باطل »... وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف إذا زوجت نفسها غائباً فبلغه فأجازه جاز حاصل الخلاف أن الواحد لا يصلح فضولياً من الجانبين أو فضولياً من جانب وأصيلا من جانب عندهما خلافاً له » . وفى نفس المرجع جـ ٢ ص ٤٢٧ : « وقال زفر والشافعى لا يجوز لأن الواحد لا يتصور أن يكون مملكا ومملكا كما فى البيع » .

وانظر فى نفس المعنى مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر جـ ١ ص ٢٧٩ . وانظر أحكام الأسرة فى الإسلام (فى الزواج وآثاره جـ ١ ص ٦٨ — ٦٩ تحت عنوان الزواج بالإرادة المنفردة للأستاذ محمد سلام مدكور طبعة ١٣٨٧ هـ — ١٩٦٧ م) .

وفى نهاية المحتاج فى فقه الشافعية جـ ٥ ص ١٩٣ : « وليس له تولى الطرفين فى تزويج عبده بأمته بناء على عدم إجباره له وهو الأصح ... » . وانظر فى فقه الحنابلة المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٤٧٠ طبعة ١٣٦٧ هـ ففيه : « ولأنه عقد ملكه بالإذن فلم يجز أن يتولى طرفيه كالبيع » .

وفى فقه المالكية جاء فى شرح الخرشى جـ ٣ ص ١٩١ : « وليس له (الفضولى) تولى الطرفين أى إيجاباً وقبولا فى النكاح » .

(٣) انظر فى هذا الهداية جـ ٣ ص ٤٣٠ .

(٤) انظر المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٤٧٠ .

الرأي الأول : ويقول بعدم الانعقاد وهو رأي الشافعي وزفر وأبي حنيفة ومحمد وفي إحدى الروايتين في المذهب الحنبلي .

الرأي الثاني : ويقول بالانعقاد موقوفاً على الإجازة وهو رأي أبي يوسف ، وفي الرواية الأخرى في المذهب الحنبلي .

أدلة الرأي الأول :

١ — الواحد في النكاح لا يكون مملكا ومملكا ، كما في البيع لا يتولى الواحد فيه طرفي العقد سواء كان أصيلا بأن كان يبيع ملك نفسه أو يشتري لنفسه أم كان نائباً عن الأصيلين بوكالة منهما ، فإذا كان فضولياً فلا يصح أن يتولى طرفي البيع من باب أولى لأنه ليست له صفة في العقد لا بطريق الأصالة ولا بطريق النيابة . فكما لا يبيع الشخص من نفسه لا ينكح من نفسه(١) .

٢ — عبارة العاقد الواحد ليست سوى الإيجاب ، والعقد لا تتحصل حقيقته إلا بالإيجاب ، والقبول إذ كل منهما ركن فيه فلا عقد حينئذ لخلو ركنه وهو القبول إذ الشيء لا يبقى بعد زوال ركنه .

فالموجود من الفضولي في هذه الحالة هو شطر عقد لا عقد كامل ولذا كان لا بد من الجواب في المجلس وإلا بطل ما صنعه الفضولي فلا تلحقه الإجازة . والدليل على ذلك أن الزوجة إذا كانت حاضرة بالمجلس الذي تكلم فيه الفضولي فلا يتم العقد إلا بقبولها في نفس المجلس وإذا كان

---

(١) وإنما جاز للواحد استثناء أن يتولى طرفي البيع فيما إذا كان ولياً كالأب يبيع شيئاً من ماله لابنه الصغير أو يشتري من مال الصغير شيئاً لنفسه أو يبيع لأحد ابنيه الصغيرين من مال الآخر وذلك للضرورة والضرورات تبيح المحظورات وفي الدر المختار للحصكفي ج٤ ص ١٤٢ — ١٤٣ : « ويبطل بيع الفضولي من نفسه لأن الواحد لا يتولى طرفي العقد إلا الأب .. » .

الأمر كذلك فالموجود من الفضولى هو شطر العقد حال وجودها فليكن الأمر كذلك حال غيبتها والإجازة إنما تكون لعقد تم بالإيجاب والقبول ولا يجوز أن تكون للإيجاب فقط لأن الإجازة فى هذه الحالة تكون قبولا ولا بد لذلك من اتحاد المجلس فى الزواج وغيره من سائر عقود التمليك(١) .

أدلة الرأى الثانى :

ذهب هذا الرأى إلى أن العقد فى هذه الأحوال الأربعة المذكورة ينعقد موقوفاً على الإجازة إذ الموجود بعبارة متوليه عقد كامل كما لو كان وكيلا عن الطرفين أو وكيلا عن طرف وأصيلا أو ولياً عن الطرف الآخر ، وكل ما جاز بالإذن ابتداء جاز بالإجازة انتهاء لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فالموجود من الفضولى على قول أبى يوسف فى الحالات التى ذكرناها عقد تام فتلحقه الإجازة . فالفضولى فى هذا كالعاقد ذى الصفة الشرعية ولا مانع عنده من أن تقوم عبارته مقام الإيجاب والقبول من الأصيل، ويكون العقد موقوفاً على إجازته كما هو صحيح موقوف باتفاق علماء المذهب الحنفى إذا تولاه فضوليان أحدهما عن الزوج والآخر عن الزوجة (٢) .

---

(١) جاء فى الهداية ج ٢ ص ٤٣١ : « ولهما (لأبى حنيفة ومحمد) أن الموجود شطر العقد لأنه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما فى البيع بخلاف المأمور من الجانبين لأنه ينتقل كلامه إلى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام » . وفى مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ١ ص ٢٧٩ : « ولهما أن هذا شطر عقد فلم يتوقف على ما وراء المجلس كبيع إذ التوقف إنما يكون بعد تمام العقد بخلاف المأمور » .

(٢) جاء فى الهداية ج ٢ ص ٤٣٠ : « وقال أبو يوسف إذا زوجت نفسها غائباً فبلغه فأجازه جاز » . وفى مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ١ ص ٢٧٩ : « فإنه يجوز عنده (عند أبى يوسف) للواحد الفضولى أن يعقد للطرفين ويتوقف عقده على إجازتهما ... لأن الواحد يصلح عاقداً من الجانبين إذا كان بأمره فكذا إذا كان بغير أمره إذ الواحد يصلح سفيراً عن الجانبين إذ لا يلزم التنافى لعود الحقوق إلى من عقد له » . وجاء فى المغنى فى فقه الحنابلة ج ٦ ص ٤٧٠ : « ولأنه يملك الإيجاب والقبول فجاز أن يتولاهما » .

وبالنظر فى أدلة الفريقين فإننا نرجح الرأى الثانى لأن العقد ما دام انعقاده موقوفاً على إجازة صاحب الشأن فإنه لاضرر فى ذلك، لأن الضرر يتحقق فى القول بالنفاذ فى حالات تولى الفضولى طرفى النكاح لافى انعقاده موقوفاً على الإجازة، هذا فضلا عن أن القول بالوقف يهدف إلى حماية صاحب الحق أو من وقف العقد على إجازته.

الباب الثالث

حكم العقد الموقوف وما يقابله فى القانون

تمهيد :

حكم العقد هو الغاية المقصودة من العقد والأثر المترتب عليه[1] كانتقال ملكية المبيع فى عقد البيع من البائع إلى المشترى . وحكم العقد الموقوف هو ترتب أثره عليه بعد صدور الإجازة ممن يملكها شرعاً .

وليس معنى أن التصرف موقوف هو أنه لم ينعقد أو أنه انعقد فاسداً ، بل إنه انعقد صحيحاً صادراً من أهله مضافاً إلى محله ولكنه موقوف فلا ينتج أثره إلا بالإجازة فالحكم فيه يتراخى إلى حين صدورها .

والتصرف فى فترة وقفه لايكون له وجود مادى فحسب بل يكون له أيضاً وجود شرعى لأنه انعقد صحيحاً ، ولكن هذا الوجود الشرعى لاتترتب عليه آثاره إلا بعد إجازته فإذا أجيز نفذ وإن لم يجز بطل .

وبناء على ذلك فإن هناك مرحلتين يمر بهما العقد الموقوف : مرحلة ماقبل الإجازة ومرحلة ما بعد الإجازة .

ونتناول فيما يلى بحث كل من المرحلتين مبينين حكم العقد الموقوف فى كل منهما .

---

(١) انظر فى هذا العقود والشروط والخيارات للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص ٦٦ ، وانظر فى بيان حقيقة الحكم عند الفقهاء الإباحة عند الأصوليين للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٢٠ طبعة ١٣٨٣ هـ - ١٩٦٣ م .

الفصل الأول

حكم العقد الموقوف قبل الإجازة وما يطرأ عليه وما يقابله فى القانون

المبحث الأول

حكم العقد الموقوف قبل الإجازة وما يقابله فى القانون

المطلب الأول

حكم العقد الموقوف قبل الإجازة فى الشريعة

قبل أن تصدر الإجازة ممن يملكها شرعاً لا يظهر أثر العقد ويكون ظهور أثره موقوفاً على الإجازة ، فإذا كان بيعاً لملك الغير لم يترتب عليه نقل الملكية من المالك إلى المشترى ،ويتوقف العقد بالنسبة لكل من البائع الفضولى والمشترى وبالنسبة إلى المالك . وإذا كان تصرفاً صادراً من الوكيل متجاوزاً فيه حدود الوكالة المرسومة فإنه ينعقد موقوفاً على إجازة الموكل فلا ينفذ التصرف قبل صدورها . وإذا كان التصرف صادراً من الصبى المميز فى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فإنه ينعقد موقوفاً على إجازة الولى ولا ينفذ قبلها . وإذا كان تصرفاً فى مال تعلق به حق الغير كتصرف المدين المحجور عليه الضار بمصلحة الغرماء فلا ينفذ قبل إجازتهم أو إبرائهم له من الدين ، وإذا كان بيعاً للعين المرهونة توقف نفاذه على إجازة المرتهن لتعلق حقه بالعين المبيعة ، فإن أجازه أو قضى الراهن دينه نفذ لأن التوقف كان لحقه وقد قضى بسقوطه . وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن انتقل حقه إلى بدله(١) .

---

(١) انظر فى هذا الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١١٠ ـ ١١١ والمادة ٨٨٤ من مرشد الحيران .

وإذا كان زواجاً فلا يترتب عليه شيء من الآثار الشرعية قبل الإجازة أيضاً، فيحرم على الزوج أن يدخل بزوجته ولا يقع فيه طلاق [١]، ولا ينشأ عنه توارث بين الزوجين إذ لا طلاق ولا توارث إلا فى الزواج الصحيح النافذ، وكذلك لا تجب نفقة ولا طاعة فإذا حصل الدخول فيه قبل الإجازة أخذ حكم الزواج الفاسد بعد الدخول إذا لم يجز [٢] فتترتب عليه الآثار الآتية :

١ — وجوب الأقل من المسمى ومهر المثل فلو كان المسمى مائة جنيه ومهر المثل يقل عن المسمى بعشرة جنيهات وجب مهر المثل ولو كان العكس وجب المسمى .

٢ — ثبوت نسب الولد إذا حصل حمل من هذا الدخول .

٣ — وجوب العدة بعد التفريق بين المرأة وزوجها [٣] .

وقد سبق الإشارة إلى ذلك عند الكلام عن الزواج الموقوف [٤] .

فالعقد فى الحالات السابقة جميعها يكون قبل الإجازة موقوفاً لا ينتج أثره حتى ترد عليه الإجازة ممن يملكها شرعاً .

---

(١) جاء فى فتح القدير ج ٥ ص ٣١٤ — ٣١٥ : « لا يصح الطلاق فى النكاح الموقوف حتى إذا أجيز لا يقع على المرأة ، أما النكاح فلا يتعلق ولا يمكن أن يعتبر فى حال التوقف سبباً الملك الطلاق بل الملك التمة المستعقب له إذا ثبت وهذا لأنه لا يثبت لأجل صحة الطلاق مقصوداً لأن شرعيته لضد ذلك من انتظام المصالح لا لوقوع الشتات بالفرقة فلا يثبت ذلك إلا بناء على ثبوت المقصود أولا وهو منتف فلو ثبت لكان ليس إلا لوقوع صحة الطلاق » .

(٢) انظر المادة ٢/٣٧ من مشروع القانون الذى أعدته لجنة الأحوال الشخصية وقد سبق إيراد هذا النص عند الكلام عن الزواج الموقوف .

(٣) انظر فى بيان حكم الزواج الموقوف الأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية للأستاذ محمد زكريا البرديسى ص ١٢٨ — ١٢٩ الطبعة الأولى ١٩٦٥م/١٩٦٦م . وانظر أحكام الأسرة فى الإسلام (الزواج وآثاره) ج ١ ص ٢٠١ — ٢٠٢ للأستاذ محمد سلام مدكور .

(٤) انظر فى هذا الباب الثانى من هذا القسم تحت عنوان : « الزواج الموقوف » .

المطلب الثانى

حكم العقد القابل للإبطال والعقد غير السارى قبل الإجازة فى القانون

العقد القابل للإبطال قبل أن ترد عليه الإجازة أو الإبطال يعتبر كالعقد الصحيح منتجاً لكل آثاره ، فبيع ناقص الأهلية أو من شاب رضاءه عيب من عيوب الإرادة ناقل للملك فى الشيء المبيع منه إلى المشترى حتى يبطل ، فإذا أبطل زالت آثاره بأثر رجعى من يوم عقده . وإجازة هـــذا العقد لا تضيف إليه جديداً فهى تؤكد ما أنتجه من آثار وتبعد عنه عوامل الفناء.

ومن هذا يتضح أن العقد القابل للإبطال يختلف عن العقد الموقوف ، فالأخير لا ينتج أثراً قبل إجازته فهما على طرفى نقيض من حيث ترتب الحكم فى كل منهما فى الفترة ما بين صدور العقد والإجازة أو الإبطال ، وهذا هو الفرق الأساسى بينهما.

كذلك فإن العقد غير السارى أو غير النافذ يعتبر صحيحاً منتجاً لأثره فيما بين عاقديه منذ إبرامه ، ولـكنه يختلف عن العقد القابل للإبطال فى أنه لا يحتج به على الغير ، فعدم النفاذ لا يكون إلا بالنسبة لهذا الغير وهو الأجنبي عن العقد فلا ينفذ فى حقه عقد لم يشترك فيه بالرغم من أن التصرف موضوع العقد قد يعنيه[١] ، فبيع ملك الغير صحيح منتج لأثره فيما بين طرفيه قبل أن يقره المـالك ، ولـكنه لا يسرى فى مواجهة الأخير قبل إقراره له .

ونحن نرى أن الأولى هو أن يوقف العقد حتى ترد عليه الإجازة لا أن يعتبر نافذاً ثم يبطل ، ومن ثم فإن الفقه الإسلامى كان أصح فى منطقه من القانون ، هذا فضلاً عن أن الوقف يسد باب الإضرار بالنسبة لمن وقف

---

(١) انظر فى هذا الالتزامات للدكتور سليمان مرقس ص ٣٣٢ طبعة ١٩٦٠ م .

العقد لمصلحته ، بخلاف العقد القابل للإبطال فإنه يفتح هذا الباب، ثم يحاول القانون علاج ما يترتب على ذلك من أضرار قد يتعذر تداركها بسبب تنفيذه قبل إجازته أو إبطاله .

المبحث الثاني

ما يطرأ على العقد الموقوف قبل الإجازة

قد يقوم أحد المتعاقدين بفسخ العقد الموقوف قبل إجازته ، كما قد يهلك محل الشيء المتصرف فيه تصرفاً موقوفاً ، كما قد يطرأ ملك بات على الملك الموقوف ، وقد يموت من له حق الإجازة قبل أن يجيز التصرف الموقوف فما هو الحكم فى هذه الحالات . هذا ما نبينه فى فقهى الشريعة والقانون .

المطلب الأول

فسخ العقد الموقوف قبل الإجازة وما يقابله فى القانون

الفرع الأول

فسخ العقد الموقوف قبل الإجازة فى الشريعة

إذا كان حكم العقد الموقوف هو عدم النفاذ أو الوقف قبل أن ترد عليه الإجازة ممن يملكها ، فإنه أيضاً قابل للفسخ ، فى بيع ملك الغير يكون للمشترى وللفضولى نفسه حق الفسخ قبل الإجازة حتى لو أن المالك أجازه بعد ذلك لا ينفذ لزوال العقد الموقوف .

وإنما كان للمشترى الحق فى فسخ البيع قبل الإجازة تحرزاً عن لزوم العقد فى حقه . كما أن للفضولى نفسه حق الفسخ قبل الإجازة ليدفع الحقوق والعهدة عن نفسه ، لأنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد

إليه ، فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب ،وفى ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته . وهذا بخلاف الفضولى فى النكاح فليس له الحق فى الفسخ لأنه معبر محض فلا ترجع الحقوق إليه، كما لا يشترط فى النكاح بقاء العاقد الفضولى عند الإجازة .

وللمالك الحق فى فسخ العقد الموقوف كما أن له حق الإجازة ، وقد شرع له حق الفسخ وحق الإجازة حماية له ، وحتى لا يخرج من ملكه مالا يرضى بخروجه[1] .

وفى المذهب المالكى يختلف الأمر فبيع الفضولى لملك الغير ، لازم من جهة الفضولى ومن جهة المشترى إذا كان راضياً بالبيع ، ولكنه منحل من جهة المالك .

ويعلل فقهاء المالكية كون بيع ملك الغير منحلا من جهة المالك وغير لازم بالنسبة له بأن البيع لم يكن بحضرته ، أما إذا كان بحضرته فإنه يكون لازماً من جهته أيضاً .

---

(١) جاء فى البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ١٦١ : « فللمالك أن يفسخه أو يجيزه لأن للفضولى فسخه فقط حتى لو أجازه المالك لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وإنما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفى ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته وفى البزازية والمشترى فسخ البيع قبل الإجازة تحرزاً عن لزوم العقد بخلاف الفضولى فى النكاح ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل لأنه معبر محض فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولى » .

وفى البدائع للكاسانى ج ٥ ص ١٥١ — ١٥٢ : « ولو فسخه البائع (الفضولى) قبل الإجارة انفسخ واسترد المبيع إن كان قد سلم ويرجع المشترى بالثمن على البائع إن كان قد نقده ، وكذا إذا فسخه المشترى ينفسخ ... لأن البيع الموقوف لو اتصلت به الإجازة فالحقوق ترجع إلى العاقد فهو بالفسخ يدفع العهدة عن نفسه فله ذلك بخلاف النكاح لأن الحقوق فى باب النكاح لا ترجع إلى العاقد بل هو سفير ومعبر فإذا فرغ عن السفارة والعبارة التحق بالأجانب » .
وانظر فى هذا المعنى رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٨ وفتح القدير ج ٥ ص ٣١٢ وتبيين الحقائق للزيلعى ج ٤ ص ١٠٦ .

وكذلك فإنه يكون لازماً من جهته إذا كان بغير حضرته وبلغه أن ملكه قد بيع بدون إذنه فسكت عاماً من وقت علمه فإن مضى وهو ساكت سقط حقه[1] .

وبالمقارنة بين رأى كل من الحنفية والمالكية ، فإننا نفضل ماجنح إليه الحنفية ، إذ أن فى تقرير حق الفسخ لكل من الفضولى والمشترى والمالك نفسه تحقيقاً لنوع من الحماية قصد بها عدم لزوم العقد فى حق المشترى ودفع العهدة والحقوق قبل لزومها عن الفضولى ، وعدم خروج شىء من ملك المالك الحقيقى دون رضاه ، وهذا يتفق مع مبدأ الرضائية الذى هو أصل عام فى جميع العقود .

الفرع الثانى

فسخ العقد القابل للإبطال قبل الإجازة فى القانون

العقد القابل للإبطال فى فقه القانون كعقد ناقص الأهلية ومعيب الإرادة، وعقد البائع لملك الغير الذى ورد النص عليه فى المادة ٤٦٦ وما بعدها من التقنين المدنى المصرى الحالى يعتبر عقداً منتجاً لآثاره كالعقد الصحيح إلى أن يتقرر بطلانه ، أو أن ترد عليه الإجازة فتقوى عوامل الصحة فيه وتؤكد ما أنتجه من آثار ، فإذا كان عقد بيع لملك الغير مثلا أنتج جميع آثاره فيما عدا الآثار التى يحول دون قيامها عدم ملكية البائع للمبيع ، فيترتب عليه

---

(١) جاء فى الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ١٢ : « ووقف ملك غيره أى بيع ملك غير البائع على رضا مالكه إذا لم يعلم المشترى بأن البائع فضولى بل ولو علم المشترى بذلك وهو لازم من جهته منحل من جهة المالك ويطالب الفضولى فقط بالثمن لأنه بإجازته بيعه صار وكيلا ومحل كونه منحلا من جهة المالك إذا لم يكن البيع بحضرته وإلا كان البيع لازماً من جهته أيضاً ، وكذا بغيرها إذا بلغه ذلك وسكت عاماً ولا يعذر بجهل فى سكوته إذا ادعاه ومحل مطالبة الفضولى بالثمن مالم يمض عام فإن مضى وهو ساكت سقط حقه هذا إن بيع بحضرته وإن بيع بغيرها مالم تمض مدة الحيازة عشرة أعوام » .

التزام البائع لملك الغير بنقل ملكية المبيع إلى المشترى والتزامه بتسليم المبيع وبضمان الانتفاع به انتفاعاً هادئاً كاملا، والتزام المشترى بدفع الثمن ونفقات العقد وبتسلم المبيع فيجوز للمشترى مطالبة البائع بنقل الملكية إليه، كما يجوز له مطالبته بتسليمه المبيع، وكذلك يجوز للبائع مطالبة المشترى بدفع الثمن وبتسلم المبيع مادام لم يحكم ببطلان البيع.

ويترتب على التزام بائع ملك الغير بالضمان، أنه لايجوز له أن يتعرض للمشترى فى انتفاعه بالعين المبيعة ولا أن يستردها منه بحجة التزامه بردها إلى مالكها أو بحجة استحقاقه لها بعد البيع من طريق الإرث أو الوصية أو غيرهما لأن من التزم بالضمان لايجوز منه التعرض[1].

وعلى هذا فإذا لم يقم أحد المتعاقدين فى عقد بيع ملك الغير وهو قابل للإبطال بنص خاص هو نص المادة ٤٦٦ من التقنين المدنى المصرى سالفة البيان بتنفيذ التزامه، فإنه يحق الآخر أن يطلب فسخ العقد وفقاً للمبادئ العامة المقررة فى القانون والتى قضت بها المادة ١٥٧ من التقنين المذكور، التى تنص على أنه:

١ — « فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض ».

٢ — « ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته ».

ومؤدى ذلك أن الفسخ مشروط بشروط ثلاثة هى:

١ — أن يكون العقد ملزماً للجانبين.

---

(١) موجز البيع والإيجار للدكتور سليمان مرقس ص ١١٧ فقرة ٨٤ طبعة ١٩٥٨ م.

٢ — ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه .

٣ — أن يكون المتعاقد الآخر الذى يطلب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه من جهة أخرى[١] .

المطلب الثانى

هلاك المحل أو الثمن قبل الإجازة فى الشريعة وما يقابله فى القانون

الفرع الأول

هلاك المحل أو الثمن قبل الإجازة فى الشريعة

إذا هلك الشيء المتصرف فيه تصرفاً موقوفاً أو ثمنه قبل الإجازة بآفة سماوية أو بقوة قاهرة فعلى من تقع تبعة الهلاك ؟

هذا ما نوضحه فيما يلى :

أولا — هلاك محل التصرف الموقوف :

إذا هلك الشيء المتصرف فيه تصرفاً موقوفاً قبل الإجازة فى يد مالكه، فإن تبعة الهلاك تقع على المالك بطبيعة الحال لأنه هلك فى يده بفعل لا يوجب الضمان .

أما إذا حصل الهلاك والشيء فى يد غير يد المالك كأن هلك الشيء فى يد الفضولى الذى باعه أو فى يد المشترى فعلى من تقع تبعة الهلاك ؟

إذا هلك الشيء فى يد الفضولى قبل الإجازة فإن العقد يبطل ولا تلحقه

---

(١) انظر فى بيان ذلك الأستاذ الدكتور السنهورى فى الوسيط جـ ١ ص ٦٩٨ وما بعدها .

الإجازة ، ولاضمان على أحد[1] .

وإذا هلك الشيء في يد المشتري قبل الإجازة فإن الإجازة لا تجوز ، وللمالك تضمين أيهما شاء : الفضولي أو المشتري وأيهما اختار تضمينه ملكه وبرىء الآخر من الضمان لأن التضمين يتضمن التمليك[2] .

فإن ضمن المشتري بطل البيع لأن القيمة كالعين فأخذ القيمة كأخذ العين ، ويحق للمشتري الرجوع على الفضولي (البائع) بالثمن .

وإن اختار المالك تضمين البائع الفضولي فيفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : إن كان الفضولي قد قبض المبيع من مالكه مضموناً عليه — كأن يكون قد قبضه بدون إذن مالكه وهو في هذا كالغاصب — فإنه يكون قد ملكه بالضمان مستنداً إلى وقت القبض أي إلى وقت سابق على صدور البيع إلى المشتري فيكون البيع قد صدر من مالك فينفذ .

الحالة الثانية : إن كان الفضولي قد قبض المبيع من مالكه أمانة في يده فيكون وقت أن باعه للمشتري غير مالك ، وإنما وجب الضمان عليه بتسليمه المبيع للمشتري بعد صدور البيع فلا ينعقد البيع لتأخر سبب ملكه عن عقد

---

(١) جاء في فتح القدير ج ٥ ص ٣١٣ « ولو هلك المبيع قبل الإجازة وقبل التسليم فلا ضمان على أحد » .

(٢) انظر في هذا البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ١٦٢ وفتح القدير ج ٥ ص ٣١٣ ، وجامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٢ . وجاء في رسالة الدكتور محمد زكي عبد البر عن نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي ص ٧٣ : « فإذا هلك المبيع في مدة الوقف فإنه لا يسري في هذه الحالة حكم العقد بل يسري حكم هلاك العين في يد مالكها قبل القبض وفي يد غير مالكها بعد القبض فيهلك في الحالة الأولى على مالكه وفي الثانية يكون مضموناً بقيمته لا بثمنه ، لأنه قبضه على جهة التملك بعوض فهو كالمقبوض على سوم الشراء وهو مضمون بقيمته ، ولو كان الضمان مرجعه العقد لكان مضموناً بثمنه لا بقيمته » . وانظر له مقالا عن العقد الموقوف ص ٣٩ .

البيع ويرجع الفضولى على المشترى بالقيمة لأن المشترى تسلم المبيع فهلك عنده وبده يد ضمان(١) .

ثانياً — هلاك الثمن :

إذا كان الهالك هو الثمن فإما أن يكون عرضاً وإما أن يكون نقداً . فإن كان عرضاً ، فإن كان هلاكه قد حصل قبل الإجازة فى يد الفضولى فإن العقد يبطل ولا تلحقه الإجازة ويضمن المشترى مثل عرضه إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً .

وإن كان غير عرض فإنه قبل الإجازة يبقى على ملك المشترى فإذا هلك فى يد الفضولى فقد قيل إن الأصح أنه يضمنه إن لم يعلم المشترى أنه فضولى وقت الأداء، وقيل إنه أمانة مطلقاً أى سواء هلك قبل الإجازة أم بعدها ويقول الفقهاء فى تبرير ذلك إن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فالفضولى بالإجازة اللاحقة يصير كالوكيل ، فيكون الثمن فى يده أمانة قبل الهلاك من حين قبضه فإذا هلك فإنه يهلك على المجيز(٢) .

---

(١) جاء فى جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٢ : « فى الفضولى لو هلك المبيع قبل الإجازة فإن هلك قبل قبض المشترى بطل العقد وإن هلك بعد لم يجز بالإجارة والمالك أن يضمن أيهما شاء وأيهما اختار تضمينه يبرأ الآخر ، لأن فى التضمين تمليكاً منه فإذا ملكه من أحدهما لايقدر أن يملكه من غيره ، فإن ضمن المشترى بطل العقد لأن أخذ القيمة منه كأخذ العين والمشترى أن يرجع على البائع بثمنه لابما ضمن البائع : فإن كان قبض البائع مضموناً عليه بالتسليم نفذ بيعه بضمانه لأن سبب ملكه تقدم عقده ، وإن كان قبضه أمانة وإنما صار مضموناً عليه بالتسليم لاينفذ بيعه بضمانه ، لأن سبب ملكه متأخر عن عقده ، وذكر محمد رحمه الله تعالى فى ظاهر الرواية أن البيع يجوز بتضمين البائع وقيل تأويله أنه سلمه أولا حتى صار مضموناً عليه ثم باعه فصار كمغصوب » . وانظر أيضاً رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٧ — ١٤٨ والبحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ١٦٢ وفتح القدير ج ٥ ص ٣١٣ .

(٢) جاء فى جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٢ : « هلك الثمن فى يد الفضولى ولم يجز المالك بيعه فإن علم المشترى وقت أداء الثمن أنه فضولى فإنه يهلك أمانة وإلا فيضمن » . وانظر أيضاً البدائع للكاسانى ج ٥ ص ١٥١ والبحر الرائق ج ٦ ص ١٦٠ ومقال العقد الموقوف السابق ص ٤٠

الفرع الثانى

هلاك محل العقد القابل للإبطال

فى القانون

من القواعد المقررة قانوناً اشتراط وجود محل الالتزام أو العقد إذا كان محله نقل حق عينى وذلك وقت نشوء الالتزام ، أو أن يكون هذا المحل ممكن الوجود بعد ذلك .

فإذا وجد الشىء ثم هلك قبل نشوء الالتزام فإن الالتزام لا يقوم، أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام ، فإن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود ويكون العقد بعد ذلك قابلا للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشىء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به(١) .

فإذا حصل هلاك محل العقد مثلا فى بيع ملك الغير وهو من العقود القابلة للإبطال بنص خاص هو نص المادة ٤٦٦ من التقنين المدنى المصرى الحالى فعلى من تقع تبعة الهلاك ؟

إذا هلك المبيع قبل العقد فإن البيع لا ينعقد بين البائع والمشترى لانعدام محله سواء أكان الهلاك مادياً كما فى بيع جواد نفق أو ثوب احترق أو كان قانونياً كما فى بيع دين تم وفاؤه أو حق انتفاع انقضى أو إجارة انتهت مدتها(٢) . ويستوى فى هذا أن يكون الهلاك بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بآفة سماوية .

وإذا هلك بعض المبيع فقط كان المشترى بالخيار بين ترك المبيع أو

---

(١) الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى ج ١ ص ٣٧٦ ، ومصادر الالتزام للدكتور الصدة ص ٢٣٤ طبعة ١٩٦٠ م .

(٢) موجز البيع والإيجار للدكتور سليمان مرقس ص ٩٥ .

أخذ الباقى من المبيع فى مقابل ما يوازيه من الثمن[1] .

وإذا هلك المبيع فى يد البائع قبل أن يسلمه لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن ، فالهلاك يكون على البائع إلى حين التسليم إلا إذا كان الهلاك قد حصل بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع .

وهذا ما تضمنه نص المادة ٤٣٧ من التقنين المدنى المصرى الحالى التى تنص على أنه : إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع »

ومقتضى ذلك أن تبعة الهلاك تكون على البائع إلى حين التسليم باعتباره مديناً فى الالتزام الذى هلك محله وذلك تطبيقاً لأحكام المادة ١٥٩ من هذا التقنين والتى تنص على أنه : « فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له ويفسخ العقد من تلقاء نفسه » .

ويستوى فى ذلك أن يكون المبيع قيمياً أو مثلياً أو أن يكون المثلى مبيعاً بالجزاف أو بالوزن أو بالعدد أو بالكيل أو بالمقاس[2] .

(١) انظر فى هذا المادة ١٦٠١ من القانون المدنى الفرنسى .

(٢) انظر فى هذا موجز البيع والإيجار للدكتور سليمان مرقس ص ٥٧١ فقرة ٤٠٨ .

المطلب الثالث

طروء الملك البات على الملك الموقوف فى الشريعة وما يقابله فى القانون

الفرع الأول

طروء الملك البات على الملك الموقوف فى الشريعة

من القواعد المقررة عند الأحناف أنه إذا طرأ ملك بات على ملك موقوف أبطله فإذا صار الفضولى مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه فإن بيعه يبطل ، وله بعد أن يصبح مالكا أن ينقل الملك للمشترى بعقد مبتدأ لا بإجازة العقد الأول ، ولكن البيع فى هذه الحالة يكون جائزاً إذا تقدم سبب الملك على البيع[1] .

فمقتضى هذه القاعدة هو أن الملك الموقوف لايقوى على معارضة الملك البات فتكون النتيجة الطبيعية هى بطلان الملك الموقوف لحدوث الملك البات ، فإذا باع المالك قبل الإجازة ما باعه الفضولى فإن بيع المالك يبطل بيع الفضولى وكذلك بيع الولى أو الوصى إذا طرأ على بيع المحجور عليه فإنه يبطله .

---

(١) جاء فى الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١١١ : « ومن باع ملك غيره ثم اشتراه وسلم إلى المشترى لم يجز ويكون باطلا لافاسداً ، وإنما يجوز إذا تقدم سبب ملكه على بيعه حتى إن الغاصب إذا باع المغصوب ثم ضمنه المالك جاز بيعه ، ولو اشتراه الغاصب من المالك أو وهبه منه أو ورثه منه لاينفذ بيعه قبل ذلك » . وجاء فى رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٩ : « وأما عدم نفاذ البيع بعد إجازة المالك لبيع الغاصب فبطلانه بالإجازة لأنه يثبت بها الملك للمشترى باتاً والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف وأورد عليه أن بيع الغاصب ينفذ بأداء الضمان مع أنه طرأ ملك بات للغاصب على ملك المشترى الموقوف ، وأجيب بأن ملك الغاصب ضرورى ضرورة أداء الضمان فلم يظهر فى إبطال ملك المشترى » . وانظر فى هذا المعنى المبسوط للسرخسى ج ٣ ص ١٠٣ والفتاوى الأنقروية ج ١ ص ٢٥٢ وتبيين الحقائق للزيلعى ج ٤ ص ١٦٠ وفتح القدير ج ٥ ص ٣١٤ ومجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٧٣ .

وقد وجدت لهذه القاعدة كلاماً عند الحنابلة فى باب الزواج فقد جاء فى المغنى لابن قدامة[١] : « ومتى تزوجت الأمة بغير إذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الإجازة إلى من تحل له انفسخ النكاح لأنه قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفه فأبطلتها ولأنها أقوى فأزالت الأضعف » .

ويفرق المالكية بين ما إذا ملك الفضولى المبيع بالميراث فينتقل ما كان لمورثه له فيصح له أن ينقض البيع الصادر منه قبل انتقال الملك بالميراث وبين ما إذا ملك المبيع بسبب آخر غير الميراث كالبيع والهبة والصدقة فيصح البيع الصادر منه ولا يجوز له نقضه . وبهذا يكون المذهب المالكى على خلاف المذهب الحنفى فيما إذا صار الفضولى مالكا للمبيع بسبب غير الميراث بعد صدور البيع منه ففى المذهب الحنفى يبطل البيع استناداً إلى القاعدة سالفة الذكر ويصح فى مذهب مالك[٢] .

والواقع أن قاعدة طروء الملك البات على الملك الموقوف فيبطل الأخير على النحو الذى ذهب إليه الأحناف، ومن وافقهم، لو أخذنا بها على هذا الإطلاق فإن ذلك سيؤدى إلى أن يضيق التعامل بذلك فالفضولى إذا أصبح مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه فإن بيعه يبطل ولا يستطيع بعد أن أصبح مالكا أن ينقل الملك للمشترى بإجازة العقد الذى صدر منه إلا بعقد مبتدأ جديد ، وكان من الأفضل أن يقال إن إجازة البيع الصادر من

---

(١) انظر المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٧٥ .

(٢) جاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ١١ : « وللغاصب إذا باع المغصوب قبل ملكه من ربه نقض بيع ما باعه أو وهبه أو أعتقه أو وقفه إن ورثه من المغصوب منه لانتقال ما كان لمورثه له لا إن اشتراه من المغصوب منه بعد أن باعه أو ملكه بهبة أو صدقة من المغصوب منه فليس له النقض ... من فروع هذه المسألة شريك فى دار باعها كلها تعدياً ثم ملك حظ شريكه فإن ملكه بإرث رجع فيه ويأخذ نصيبه بالشفعة وإن ملكه بشراء أو صدقة فلا رجوع له » .

الفضولى تستند إلى وقت صدور هذا البيع ، فيكون ملك المشترى باتاً من هذا الوقت فلا يبطل الملك الموقوف .

الفرع الثانى

ما يقابل فكرة طروء الملك البات على الملك الموقوف فى القانون

هذه القاعدة لا نظير لها فى فقه القانون ، بل إن القاعدة فيه بالنسبة للعقد القابل للإبطال تغاير ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم من فقهاء الشريعة فى هذا الخصوص ، ففيه إذا باع شخص ملك غيره ثم أصبح مالكا للمبيع فإن بيعه يصبح نافذاً بصفة نهائية ولا يبطل ، كما تقضى بذلك القاعدة سالفة الذكر .

فالقابلية للإبطال تزول — فى حالة بيع ملك الغير — فى الحالات الآتية :

١ — إقرار المالك للعقد : وعلى هذا نصت المادة ٤٦٧/١ من التقنين المدنى المصرى فقالت : « إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحاً فى حق المشترى » . إذ أنه لا مصلحة للمشترى فى طلب الإبطال بعد ذلك ، ذلك أن مقتضى سريان البيع فى حق المالك نتيجة لإقراره له أن يصبح البيع صالحاً لأن تنتقل به الملكية إلى المشترى ، على أنه يشترط لإسقاط حق المشترى فى طلب الإبطال أن يكون المالك قد أقر البيع قبل أن يرفع المشترى دعوى الإبطال ، أما الإقرار اللاحق لرفع الدعوى فلا يمنع من الاستمرار فيها والحكم بإبطال العقد .

٢ — تملك البائع للمبيع بعد صدور العقد ، فإن العقد ينقلب صحيحاً فى حق المشترى إذ لا مصلحة له فى طلب الإبطال بعد أن زال المانع الذى كان يحول دون انتقال الملكية إليه .

٣ — إجازة المشترى للعقد : لما كان الحق فى الإبطال مقرراً لمصلحة المشترى فإن مقتضى ذلك أن يكون له التنازل عنه بالإجازة ، ويشترط لكى يترتب على الإجازة تصحيح العقد أن يكون المشترى عالماً وقت إجازته للعقد بما يشوبه من عيب أى أن يكون عالماً بأن المبيع مملوك للغير .

٤ — التقادم : يسقط حق الإبطال ويصبح العقد نافذاً بصفة نهائية طبقاً للقواعد العامة بالتقادم بإحدى مدتين أيهما أقصر ، إما بخمس عشرة سنة من وقت التعاقد ، وإما بثلاث سنوات من الوقت الذى يعلم فيه المشترى أن المبيع غير مملوك للبائع ، ويترتب على ذلك أنه إذا كان المشترى سيء النية أى يعلم وقت التعاقد أن البائع غير مالك فإن مدة الثلاث سنوات تبدأ من وقت التعاقد ولا يكون هناك محل لتطبيق مدة التقادم الطويل(١).

المطلب الرابع
موت المجيز قبل الإجازة

الفرع الأول

موت المجيز قبل الإجازة فى الشريعة

إذا مات من له حق الإجازة شرعاً قبل أن يجيز التصرف الموقوف كالمالك فى حالة بيع الفضولى لمال الغير أو هبته أو رهنه أو إجارته فهل ينتقل حق الإجازة إلى وارثه ؟

ذهب الحنفية إلى أنه ليس للوارث الحق فى أن يجيز هذا التصرف لأنه لم يكن ذا شأن وقت أن صدر التصرف الموقوف من الفضولى ومن فى

(١) انظر فى هذا الوجيز فى عقد البيع للأستاذ الدكتور إسماعيل غانم ص ٢٧ — ٢٨ طبعة ١٩٦٣ م . وشرح أحكام عقد البيع للدكتور محمد لبيب شنب ص ٨٥ — ٨٧ طبعة ١٩٦٨ م .

حكمه بمن يعتبر تصرفهم موقوفاً على الإجازة، وإنما كان الشأن لمورثه فلا يصح حينئذ اعتبار الفضولى ذا ولاية فى تصرفه عند حدوثه إذا ما أجازه الوارث بعد وفاة المالك لأنه لو اعتبر كذلك لكان فى وضع يعد فيه وكيلا عن الوارث، وليس للوارث فى هذه الحالة حينئذ من الشأن إلا ما للفضولى نفسه، وإذن فهو لايستطيع أن يمده بولاية ليست له، ولا يملك أن يملكه مالا يملك. وبناء عليه فلا ينتقل حق إجازة تصرف الفضولى إلى وارث المالك بوفاته بل يبطل العقد بموت ذى الشأن (١).

وقد يمكن الاعتراض على هذا بأن حق إجازة التصرف الموقوف فى مثل هذه الحالة إنما هو أثر من آثار الملك ونتيجة لثبوته، ولذلك كان من المعقول القول بانتقاله إلى الوارث تبعاً لانتقال الملك إليه، فيصير أمر إجازة العقد وإنفاذه إليه بعد وفاة مورثه إن شاء رضى به فأجازه وأنفذه، وإن شاء رفضه فأبطله واستقر لنفسه المال الذى ورثه. ويرد الأحناف على ذلك، بأن هذا الحق صار ملحقاً بالحق الشخصى فى الحكم لأنه مختص بمن له الملك أو الولاية وقت صدور التصرف الموقوف.

هذا والقول بعدم صحة التصرف الموقوف بإجازة الوارث يعتبر حكما عاماً بالنسبة لكل تصرف يباشره من ليست له ولاية التصرف ولم يجزه من له حق الإجازة شرعاً قبل موته، وإلى هذا ذهب محمد بن الحسن. وخالفه فى

---

(١) جاء فى فتح القدير ج ٥ ص ٣١٢ — ٣١٣: «ولو هلك المالك لاينفذ بإجازة الوارث ... وهو بخلاف القسمة عند أبى حنيفة وأبى يوسف فإن القسمة الموقوفة على إجازة الغائب الكبير جازت بإجازة ورثته بعد موته استحساناً لأنه لافائدة فى نقض القسمة ثم الإعادة، وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع فلا تجوز بإجازة ورثته هو القياس والاستحسان مقدم».

وانظر الفقه الإسلامى طبعة ١٩٥٥م ص ١٧٧ — ١٧٨ للأستاذ محمد سلام مدكور فقد جاء فيه: «والحقوق إذا كانت بمجرد مشيئة فلا تورث إلا ما كان منها حقاً لعقار على عقار كما فى الشرب والمرور». وانظر أيضاً الميراث للأستاذ محمد زكريا البرديسى صفحة ٢١ — ٢٢.

ذلك أبو حنيفة وأبو يوسف[١] فاستثنيا من هذا الحكم القسمة إذا باشرها الفضولى ثم يموت المالك الشريك قبل إجازتها فقد جعلا لوارثه حينئذ حق إجازتها استحساناً لحاجة الشركاء إليها غالباً ، ولأن القسمة فى الواقع عبارة عن الإفراز ، وإذا ماتم فتميزت أنصباء الشركاء فلا فائدة بعد ذلك من نقضه وإبطاله بمزج الأنصباء وخلطها ثم الرجوع إليه نفسه بعد ذلك . فإذا تحقق الإفراز بمباشرة الفضولى فأقره وارث الشريك بعد وفاته اعتبر ذلك تعييناً منه للملك وإرشاداً إليه بموافقة سائر الشركاء ، وذلك لضعف معنى التبادل والمعاوضة فى القسمة وعدم الالتفات إليه فيها قصداً ، لأن عمل الإفراز إنما يعتمد المعرفة والعلم بالحساب أكثر مما يعتمد على الولاية ، وهذا هو السبب فى استثناء القسمة عندهما وإعطاء وارث الشريك حق إجازتها بعد موت مورثه .

هذا هو مذهب الحنفية فى عدم انتقال حق إجازة التصرف الموقوف إلى الوارث ولعل مرجع ذلك هو أنهم لا يرون وراثة الحقوق إذا كانت مجرد رغبة ومشيئة ومختصة بمن له الملك أو الولاية .

وفى فقه المالكية ينتقل حق إجازة العقد الموقوف إلى الوارث فهم يقولون بجريان التوارث فى الحقوق المتعلقة بالمال كحق الإجازة والإبطال وكحق الشفعة . وعلى ذلك فإذا لم يجز المالك قبل وفاته التصرف الموقوف ، كأن يتوفى بعد أن يعلم بالتصرف وقبل أن يتمكن من إجازته أو رفضه ، أو كأن يتوفى قبل أن يعلم به ، فإن وارثه يقوم مقامه فيما ينفذ به العقد وما به يبطل فهو يتبع الملك عند انتقاله بالميراث أينما انتقل[٢] .

---

(١) انظر فى بيان ذلك فتح القدير ج ٥ ص ٣١٢ .

(٢) جاء فى شرح الخرشى على مختصر خليل ج ٥ ص ١٧ : « وللغاصب نقض ما باعه إلى ورثته لا ما اشتراه يريد أن الغاصب إذا باع ما غصبه لشخص ثم ورثه من ربه فإن له نقض البيع الصادر منه قبل الإرث لانتقال ما كان لمورثه إليه وقد كان لمورثه النقض ولهذا لو تعدى شريك فى دار فباعها جميعها ثم ورث حظ شريكه فله نقض البيع فى حصة غيره وأخذ حصته بالشفعة ... قال فى سماع سحنون من كتاب الغصب ومنه يؤخذ أنه لا خصوصية للغاصب بما =

ويتفق مع المالكية فى هذا الرأى الشافعية والحنابلة فهم يرون التوسع فيما ينتقل بالوراثة عن الميت إلى الوارث فيورثون الحقوق على العموم التى لها شبه بالمال كحق إجازة العقد المشروط فيه الخيار[1] ما عدا الحقوق التى هى لصيقة بالشخص وليست فى معنى المال كحق الحضانة فهم فى هذا يتفقون مع الحنفية ، كما يتفق جمهور الفقهاء على أن الحقوق التى هى فى معنى المال كحق الارتفاق والتعلى وحق الشرب والمسيل تورث .

ومن ثم فإننا نخلص إلى أن هناك رأيين فى انتقال حق الإجازة إلى الوارث إذا مات المورث قبل أن يجيز التصرف الموقوف :

رأى يقول بعدم انتقاله وإلى هذا جنح الحنفية .

ورأى يقول بانتقاله وهو رأى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة .

أدلة الرأى الأول :

١ — الوراثة حكم شرعى لا يثبت إلا بالنص وقد ورد النص فى المال دون الحقوق فقد صح عندهم أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : «من ترك

= ذكر بل يجرى ذلك فى بيع كل فضولى فإن تسبب فى إدخاله فى ملكه فإن اشتراه أو قبله بهبة أو نحوها من ربه بعد أن باعه فليس له نقض بيعه الصادر منه قبل ذلك على المشهور » .
وانظر فى نفس المعنى شرح عبد الباقى الزرقانى على مختصر خليل ج ٦ ص ١٨ — ١٩ .

(١) جاء فى المجموع فى فقه الشافعية ج ٩ ص ٢٠٩ : قال القاضى حسين حيث أثبتنا خيار المجلس أو الشرط للوارث وكان واحداً فإن قال أجزته انبرم العقد وإن قال فسخت انفسخ » .
وفى نفس المرجع ج ٩ ص ٢١١ : « إذا مات صاحب الخيار وقلنا ينتقل إلى الورثة فكانوا أطفالا أو مجانين قال الرويانى وغيره ينصب القاضى فيما يفعل ماهو المصلحة من الفسخ والإجازة كما لو جن صاحب الخيار » .
وانظر فى فقه الحنابلة المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٦٩ — ٧٠ .
وانظر فى بيان انتقال الحقوق إلى الورثة أو عدم انتقالها الوصايا فى الفقه الإسلامى لأستاذنا محمد سلام مدكور طبعة ١٩٥٨م ص ٥٩ — ٦٠

مالا فلورثته » (١) . فهم قد خصصوا المال بالذكر والتخصيص بالذكر يدل على نفى الحكم عما عداه فلا يورث ما عدا المال من الحقوق كحق الإجازة .

ويرد على الحنفية بأن التخصيص بالذكر لا يدل على نفى الحكم عما عداه فتخصيص الإرث بالمال لا يدل على نفى الإرث فى الحق .

٢ — حق الإجازة من الحقوق التى هى بمجرد رغبة ومشيئة وما كان كذلك فإنه يعتبر حقاً شخصياً فلا ينتقل إلى الوارث فغلبت الناحية الشخصية على الناحية المالية فيها ، فتنتهى بمجرد وفاة صاحب الحق ولأن التوقف إنما كان على إجازة المورث نفسه فلا يجوز بإجازة غيره (٢) .

ويمكن أن يرد على هذا المعقول على فرض تسليمه بقوله صلى الله عليه وسلم : « من ترك مالا أو حقاً فلورثته » . ومن ثم فإنه يسقط استدلالهم بهذا المعقول إذ لا معقول فى مقابلة النص .

أدلة الرأى الثانى :

١ — استدلوا بالحديث السابق وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « من ترك مالا أو حقاً فلورثته » (٣) .

فكل ما يتركه المتوفى من أموال أو حقوق يورث عنه ويقوم وارثه مقامه . فلفظ الحديث عام يطلق على كل حق وكل مال ، لا فرق بين ما تعلق

---

(١) انظر فى هذا إرشاد السارى لشرح صحيح البخارى للقسطلانى جـ ٩ ص ٥١١ طبعة ١٩٤٣م .

(٢) جاء فى الهداية حـ ٥ ص ٣١٢ — ٣١٣ : « ولو هلك المالك لاينفذ بإجازة الوارث لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره » .

(٣) جاء فى الفروق للقرافى من المالكية جـ ٣ ص ٢٧٥ — ٢٧٦ الطبعة الأولى ١٣٤٦ هـ : « اعلم أنه يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من مات عن حق فلورثته » وهذا اللفظ ليس على عمومه بل من الحقوق ماينتقل إلى الوارث ومنها ما لاينتقل فمن حق الإنسان أن يلاعن عند سبب اللعان وأن يفىء بعد الإيلاء وأن يعود بعد الظهار ... =

به دين على المتوفى وما لم يتعلق به ، كما أن لفظ من لفظ عام يعم على كل متوفى ترك حقاً أو مالاً.

٢ — حق الإجازة من الحقوق التى لها شبه بالمال ومتعلقة به فالناحية المالية متغلبة فيها فيثبت فيها الإرث كما يثبت فى الأموال.

وبالنظر فى أدلة الرأيين وماورد عليها من مناقشات ، فإننا نرجح القول بانتقال حق الإجازة إلى الوارث ، وهو الرأى الثانى لأن فيه تيسيراً على الناس . فإذا قام الإنسان بتصرف لغيره تفضلا ومعونة له فإن ذلك يكون موقوفاً على إجازة ذى الشأن أو المالك كما فى حالة بيع ملك الغير فإن أجازه نفذ وإن رفضه بطل ، وإذا مات قبل أن يجيز أو يرفض قام وارثه مقامه فى ذلك لأنه صار صاحب الشأن ، وإليه يعود خير العمل وثمراته وقد خلف المورث فيما كان له ، وكان للمورث حق إجازته وإنفاذه لأنه لا يعدو أن يكون حقاً مالياً لما يترتب عليه من التملك فكانت الناحية المالية متغلبة فيه ، فوجب لذلك أن يورث ، ولأن المال ينتقل إلى الوارث انتقالا جبرياً فينتقل إليه بجميع حقوقه ومنها حق الإجازة.

الفرع الثانى

موت المجيز قبل الإجازة فى القانون

إذا مات من له حق الإجازة أو الإبطال قبل أن يجيز أو يطلب إبطال العقد فهل ينتقل هذا الحق إلى وارثه ؟

= وإذا جعل المتبايعان له الخيار فمن حقه أن يملك إمضاء البيع عليهما وفسخه ومن حقه مافوض إليه من الولايات والمناصب كالقصاص والإباحة وغيرهما وكالأمانة والوكالة فجميع هذه الحقوق لا ينتقل للوارث منها شىء وإن كانت ثابتة للمورث بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقاً بالمال أو يدفع ضرراً عن الوارث .... وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهواته لا ينتقل للوارث والسر فى الفرق أن الورثة يرثون المال فيرثون مايتعلق به » .

لبيان ذلك يجب الرجوع إلى المبادىء العامة فى القانون لمعرفة معنى الخلف العام والخلف الخاص وهل يعتبر الوارث خلفاً عاماً للمورث فينتقل إليه ما كان لمورثه من حقوق ؟

الخلف العام : نصت المادة ١٤٥ من التقنين المدنى المصرى الحالى على ما يأتى :

« ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام » .

فالخلف العام هو من يخلف الشخص فى ذمته المالية من حقوق والتزامات أوفى جزء منها باعتبارها مجموعة من المال كالوارث والموصى له بجزء من التركة فى مجموعها .

أما الخلف الخاص : فهو من يخلف الشخص فى عين معينة بالذات أو فى حق عينى عليها كالمشترى يخلف البائع فى المبيع، والموصى له بعين فى التركة يخلف فيها الموصى ، والمنتفع يخلف المالك فى حق الانتفاع . والخلف سواء أكان عاماً أم خاصاً ينصرف إليه أثر العقد فهو لا يعتبر من الغير .

فإذا كان الخلف عاماً وهو ما يعنينا هنا فإن الحقوق التى ينشئها العقد تنتقل إلى الوارث بعد موت المورث المتعاقد ، أما الالتزامات فيلاحظ فى شأنها ما قررته الشريعة الإسلامية من أنه : « لا تركة إلا بعد سداد الديون » . ومقتضى هذا المبدأ هو أن يبقى الالتزام فى التركة دون أن ينتقل إلى ذمة الوارث حتى ينقضى ، ومتى أصبحت التركة خالية من الديون انتقلت ملكيتها إلى الوارث[1] .

---

(١) وقد عنى المشرع فى التقنين المدنى المصرى الحالى بتنظيم تصفية التركة فى المواد من ٨٧٥ — ٩١٤ . وانظر فى بيان معنى الخلف العام والخلف الخاص الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى ج ١ ص ٥٤٢ وما بعدها .

ويترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى فى حقه يسرى فى حق السلف فى شأن هذا العقد . ومن ثم فإن الإجازة أو الإبطال ينتقل إلى الوارث[1] وهذا ما جنح إليه جمهور الفقهاء من المالكية الحنابلة والشافعية كما رأينا .

وبهذا أخذت محكمة النقض فقالت إن حق طلب الإبطال ينتقل إلى الوارث بوصفه خلفاً عاماً يحل محل سلفه فى كل ماله وما عليه .

وقد جاء فى حكمها : «متى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر مثل التصرف بالبيع قابلة للإبطال لمصلحة القاصر كما هو حكم المادة ١١١ من القانون المدنى فإن للقاصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانوناً كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً له يحل محل سلفه فى كل ماله وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه ،

---

(١) ويستثنى من ذلك أحوال أشار إليها نص المادة ١٤٥ تتلخص فى الآتى : —

١ — إذا اتفق المتعاقدان على ذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين فيجوز أن يتفق المتعاقدان فى عقد البيع على أن يمنح المشترى أجلا لسداد الثمن دون أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته .

٢ — إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشىء من العقد تأبى أن ينتقل من المتعاقد إلى خلفه العام وقد يكون المانع من الانتقال قانونياً أو مادياً فإذا حصل شخص على حق انتفاع بموجب عقد فإن هذا الحق لا ينتقل من بعده إلى ورثته لأن حق الانتفاع تقضى طبيعته القانونية بأن ينقضى بموت صاحبه .

٣ — إذا كان هناك نص فى القانون يقضى بالا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام وقد نص القانون على ذلك فى مسائل يفهم من ظروفها أن المتعاقدين قد أرادا هذا ضمناً فمن ذلك ماقضت به المادة ٦٠٢ من أن الإيجار ينقضى بموت المستأجر إذا لم يعقد إلا بسبب حرفته أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه » . وكذلك ماقضت به المادة ٦٢٦ من أن المزارعة تنقضى بموت المزارع » . وما قضت به المادة ٧١٤ من أن الوكالة تنقضى بموت الموكل أو الوكيل (انظر فى بيان ذلك كله الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى ج ١ ص ٥٤٣ — ٥٤٤) .

وإذا كان موضوع طلب الإبطال تصرفاً مالياً فإنه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصياً متعلقاً بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف العام مباشرته»[١].

وإذا كان حق الإبطال على هذا النحو ينتقل إلى الوارث باعتباره حقاً متعلقاً بالمال . وله أن يطلب إبطال العقد بعد وفاة المورث فإن له من باب أولى أن يتنازل عن دعوى الإبطال بالإجازة ، فيصبح العقد باتاً ، لأن الإجازة لا تضيف إلى العقد جديداً وإنما تقوى فيه عوامل الصحة وتؤكد ما أنتجه من آثار فى الفترة ما بين العقد وصدور الإجازة .

وبالقول بانتقال حق الإبطال إلى الوارث أخذ المشرع فى قانون الموجبات والعقود اللبنانى فنصت المادة ٢٣٤ منه على أن : « الحق فى إقامة دعوى الإبطال لا يكون إلا للأشخاص الذين وضع القانون البطلان لمصلحتهم أو لحمايتهم، ويخرج بوجه خاص عن هذا الحكم الذين عاقدوا هؤلاء الأشخاص وينتقل هذا الحق إلى ورثة صاحبه » .

---

(١) حكم محكمة النقض فى ١٩٥٨/٢/٢٧ م مجموعة أحكام محكمة النقض س ٩ رقم ١٩ صفحة ١٦١ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الفصل الثاني

حكم العقد الموقوف بعد الإجازة وما يقابله في القانون

تمهيد :

إذا أجيز العقد الموقوف إجازة معتبرة شرعاً نفذ وأنتج أثره مستنداً إلى وقت انعقاده أو مقتصراً على حال صدور الإجازة على تفصيل في ذلك سنوضحه فيما يلي عند الكلام عن حكم الإجازة ، وإن رفضه من له الحق في ذلك بطل .

ويمكن القول بأن مصير العقد الموقوف ينتهي إلى أمرين :

الأول : إجازته ممن له الحق شرعاً في ذلك ويترتب عليها نفاذه منذ انعقاده أو مقتصراً على وقت صدورها .

الثاني : رفض إجازته ويترتب عليه رد التصرف الموقوف واعتباره باطلا منذ نشوئه .

لهذا كان من الضروري بيان حقيقة الإجازة وأحكامها في فقهي الشريعة والقانون وسنتكلم عن ذلك في مبحث أول .

ثم نتناول بالبيان رد التصرف الموقوف وما يترتب على رفض الإجازة في مبحث ثان .

كما نبين حكم العقد إذا كان في شق منه نافذاً وفي شق آخر موقوفاً في مبحث ثالث .

المبحث الأول

حقيقة الإجازة

المطلب الأول

التعريف بالإجازة وصيغتها

الفرع الأول

التعريف بالإجازة

التعريف بالإجازة فى الشريعة :

الإجازة فى اللغة هى إنفاذ التصرف وإمضاؤه وجعله جائزاً نافذاً وأجزت العقد جعلته جائزاً نافذاً[١] .

أما فى الاصطلاح فهى تصرف شرعى فى العقد بالإبقاء ، توجب نفاذه وترتب عليه حكمه إما مستنداً إلى وقت وجوده أو مقتصراً على حال صدورها. فللولى أو لناقص الأهلية نفسه عندما يستكمل أهليته أو مالك الشىء فى حالة بيع الفضولى لمال الغير حق إجازة التصرف الموقوف[٢] .

---

(١) جاء فى المصباح المنير ج ١ ص ٥٤ الطبعة الأولى ١٣١٥ هـ « كتاب الجيم ــ الجيم مع الواو وما يثلثهما : جاز المكان يجوزه جوزاً وجوازاً سار فيه وأجازه بالألف قطعه وأجازه أنفذه قال ابن فارس وجاز العقد وغيره نفذ ومضى على الصحة وأجزت العقد جعلته جائزاً نافذاً وجاوزت الشىء وجاوزته تعديته وتجاوزت عن المسىء عفوت عنه وصفحت » .

(٢) جاء فى تكملة فتح القدير جـ ٨ ص ٢٢٤ « باب الوصية » : « الإجازة رفع المانع » . وفى الهداية وفتح القدير جـ٥ ص٣١١ : « الإجازة تصرف فى العقد بالإبقاء » . وانظر أيضاً البدائع للكاسانى جـ ٥ ص ١٥١ .

ويجب التمييز بين الإجازة والإذن[1] فالأولى هى الرضا بالتصرف بعد وقوعه . أما الإذن فهو الأمر بالتصرف قبل حصوله وكل من ملك الإذن السابق ملك الإجازة اللاحقة ، وقد يملك الإجازة صاحب الشأن الأصلى فى التصرف متى كان أهلا لذلك وقت الإجازة ، كذلك يملك القاضى كلا من الإذن والإجازة إذا تعنت الولى أو الوصى رفعاً للظلم[2] .

والإجازة فى الفقه الإسلامى تعتبر تصرفاً انفرادياً وليست تصرفاً تبادلياً أو من الجانبين وهذا واضح من تعريفها سالف الذكر . ومن هذا التعريف يمكن أن نتبين عناصر الإجازة وهى المجيز وصيغة الإجازة ومحلها وحكمها وهو ما نبينه فيما سيأتى تفصيلا .

التعريف بالإجازة فى القانون

الإجازة فى القانون هى النزول عن الحق فى طلب الإبطال ، ويملكها من شرع الإبطال لمصلحته لأنه هو صاحب الحق فى التمسك بالإبطال ، فهو الذى يملك النزول عنه ويترتب عليها أن يزول الخطر الذى كان يهدد العقد بالزوال فيستقر نهائياً .

والإجازة فى القانون كما فى فقه الشريعة تعتبر تصرفاً صادراً من جانب واحد فهى تتم بإرادة منفردة هى إرادة صاحب الحق فى طلب الإبطال فلا تحتاج إلى قبول من الطرف الآخر بل إنها تحدث أثرها دون

---

(١) وفى المصباح المنير ج ١ ص ٧ : « أذنت له فى كذا أطلقت له فعله والاسم الإذن ويكون الأمر إذناً وكذا الإرادة ... واستأذنته فى كذا طلبت إذنه » .

(٢) انظر فى هذا أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص ٢٠ طبعة ١٣٥٩ هـ / ١٩٤٠ م . وانظر المعاملات المالية للأستاذ أحمد أبى الفتح ج ١ ص ١٤٥ طبعة ١٣٣٢ هـ / ١٩١٣ م .

خاجة إلى علم الطرف الآخر بها ، وبمجرد صدورها لا يستطيع المجيز بعد ذلك أن يرجع فيها وهى باعتبارها عملا قانونياً يلزم فيها توافر الأهلية لدى المجيز وخلو إرادته من كل عيب يشوبها[1] .

وإذا تأملنا نجد أن تعريف الإجازة فى القانون يتفق مع تعريفها فى فقه الشريعة الإسلامية من حيث أن كلا منهما يعتبر تصرفاً انفرادياً صادراً من جانب واحد ، غير أنهما يختلفان من حيث أن كل ما يترتب على الإجازة فى القانون هو تأكيد عوامل الصحة فى العقد القابل للإبطال وإزالة الخطر الذى كان يهدده بالزوال ، فهى لا تضيف إليه جديداً ، إذ أنه كان منتجاً لأثره قبل إجازته ، بخلاف العقد الموقوف فهو لا ينتج أثراً قبل إجازته ، فإذا ما أجيز أصبح نافذاً منتجاً لأثره إما مستنداً إلى وقت صدوره أو مقتصراً على حال الإجازة .

ويميز فقهاء القانون بين كل من الإجازة والإقرار . فالإجازة تصدر من أحد طرفى العقد لتزيل ما لحق به من عيب يمكن الطعن فيه بالبطلان . أما الإقرار فيصدر من شخص لم يكن طرفاً فى العقد يريد به أن يجعله سارياً فى حقه بعد أن كان من الغير لا يتعدى إليه أثره . فبيع ملك الغير قابل للإبطال ، وفى الوقت نفسه لا يسرى فى حق المالك الحقيق ، فالمشترى

---

(١) انظر فى هذا نظرية العقد للأستاذ الدكتور السنهورى ص ٦٦٨ ، وانظر أيضاً نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية للدكتور عبد المنعم فرج الصدة جـ٢ ص ٧٩ ، وانظر فى شرح القانون المدنى الفرنسى فى تعريف الإجازة دى لاموراندير فى الالتزامات جـ ٢ ص ٤٣٢ فقرة ٧٦٤ طبعة ١٩٥٩م ونظرية البطلان للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوى ص ٣٨٤، وانظر أيضاً حكم محكمة النقض المصرية فى الطعن رقم ١٩٧ لسنة ١٨ ق بجلسة ١٩٥٥/٢/١ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض حيث جاء به : « الإجازة تصرف قانونى يتضمن إسقاطاً لحق فلا يملكها من كان ناقص الأهلية » . وانظر فى تعريف الإجازة هنرى وليون وجان مازو فى شرح القانون المدنى الفرنسى فى الالتزامات جـ ٢ ص ٢٥٢ فقرة ٣٠٩ طبعة سنة ١٩٦٢م .

يجيزه ليزيل البطلان ، والمالك الحقيق يقره ليجعله سارياً فى حقه ، وقد يجيزه المشترى فينقلب صحيحاً ولكن مع ذلك لا يقره المالك الحقيق فلا يسرى فى حقه ، ولا تنتقل ملكية الشيء إلى المشترى . ومن الأمثلة على إقرار العقد إقرار الأصيل لعمل تجاوز فيه الوكيل حدود الوكالة ، وإقرار رب العمل لما يقوم به الفضولى[1] .

وكذلك يميزون بين الإجازة وعمل العقد من جديد فالإجازة تصرف من جانب واحد . أما عمل العقد من جديد فيقتضى توافق إرادتين متطابقتين ، وكذا فإن للإجازة أثراً رجعياً . أما عمل العقد من جديد فليس له أثر رجعى[2] .

الفرع الثانى

صيغة الإجازة

صيغة الإجازة فى الشريعة :

من معانى الصيغة فى اللغة العمل والتقدير وهذا صوغ هذا إذا كان على قدره وصيغة القول كذا أى مثاله وصورته[3] .

---

(١) انظر فى هذا نظرية العقد للأستاذ الدكتور السنهورى ص ٦٦٥ — ٦٦٦ ، وانظر له أيضاً مصادر الحق ج ٤ ص ١٠٢ طبعة ١٩٥٧ م ، وانظر فى فقه القانون المدنى الفرنسى بلانيول وريبير ج ٢ ص ٢٩٢ فقرة ٨٥٩ .

(٢) انظر فى بيان ذلك دى لاموراندير (الالتزامات فى شرح القانون المدنى الفرنسى ج ٢ ص ٤٣٢ فقرة ٧٦٥ طبعة ١٩٥٩م) .

(٣) جاء فى المصباح المنير ج ١ ص ١٦٠ (الصاد مع الواو وما يثلثهما) : «صاغ الرجل الذهب يصوغه صوغاً جعله حلياً فهو صائغ وصاغ الكذب صوغاً اختلقه ، والصيغة العمل والتقدير وهذا صوغ هذا إذا كان على قدره وصيغة القول كذا أى مثاله وصورته على التشبيه بالعمل والتقدير » .

وفى الاصطلاح صيغة التصرف هى ما به يوجد التصرف فى الخارج : وتتم به حقيقته ، ولولاها ما وجد ، وصيغة العقد هى ما به يكون العقد من قول أو إشارة أو كتابة أو فعل تبييناً لإرادة العاقد وكشفاً عن كلامه النفسى(١) .

وصيغة الإجازة هى ما تتم به من قول أو فعل .

والإجازة حسبما يصورها فقهاء الشريعة تصرف إرادى وهى بهذه الصفة قد تصدر باللفظ الصريح بأن يقول من له حق الإجازة أجزت التصرف أو رضيت به أو قبلته(٢) .

وقد اختلف فى قول المالك أو من يملك الحق فى الإجازة شرعاً للفضولى أو من فى حكمه ممن يعتبر تصرفهم موقوفاً على الإجازة ، أحسنت أو أصبت أو وفقت أو كفيتنى مؤنة البيع فقال بعضهم إنها لا تكون إجازة ، لأنها ليست صريحة فيها ، بل كما تحتملها تحتمل معنى آخر فإنه قد يقصد بها الاستهزاء .

ورأى بعضهم أنها وإن احتملت هذا المعنى فإذا لم توجد قرينة تصرفها إليه حملت على الإجازة لأن الأصل الجد . وقال محمد رحمه الله قوله أحسنت أو أصبت يكون إجازة استحساناً(٣) .

---

(١) انظر فى هذا العقود والشروط والخيارات للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص ٢١ . وفى المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٥٠٩ طبعة ١٩٦٠ م : «صيغة العقد هى مايصدر عن العاقد من عبارة كاشفة عن إرادته مظهرة لرغبته كأن يقول بعت أو اشتريت أو وهبت أو تزوجت» .

(٢) انظر فى هذا الفتاوى الخانية جـ ٢ ص ١٧٤ وجامع الفصولين جـ ١ ص ٢٣١ — ٢٣٢ .

(٣) جاء فى فتاوى قاضى خان جـ ٢ ص ١٧٤ : « رجل باع عبداً لغيره بغير إذنه فقال المولى أحسنت أو أصبت أو وفقت لم يكن كلامه إجازة للبيع وله أن يرده لأنه يذكر على وجه الاستهزاء ، وإن قبض الثمن يكون إجازة ، وكذا لو قال كفيتنى مؤنة البيع أو أحسنت =

وكما تكون الإجازة باللفظ الصريح تكون بالدلالة الضمنية ، فإذا فعل فعلا يدل على الرضا والإقرار كان إجازة ، ومثل هذا أن يتصرف المالك للشيء المبيع فى الثمن بأن يقبضه أو يهبه أو يتصدق به وكذلك فإنه يعتبر قيام المالك بتسليم المبيع للمشترى أو أخذه الثمن منه إجازة بالفعل ، وكذا هبة المالك الثمن للمشترى أو التصدق به عليه إجازة بالفعل ، ولو قال المالك لا أجيز يكون رداً للبيع فيسقط ولا تلحقه الإجازة[1].

ومثال الإجازة الضمنية فى النكاح أن يدفع الزوج المهر أو تقبله المرأة ، ومثاله فى الخلع أن يقبض البدل[2].

وقد نصت على الإجازة القولية المادة ٣٠٣ من مجلة الأحكام العدلية فقالت : « الإجازة القولية كل لفظ يدل على الرضا بلزوم البيع كأجزت ورضيت » .

كما نصت على الإجازة الفعلية المادة ٣٠٤ فقالت : « الإجازة الفعلية هى كل فعل يدل على الرضا ، فلو كان المشترى مخيراً وتصرف فى المبيع تصرف الملاك كأن يعرض المبيع للبيع أو يرهنه أو يؤجره أو يعيره أو يهبه

= فجزاك الله خيراً لم يكن ذلك إجازة للبيع إلا أن محمداً رحمه الله قال : قوله أحسنت أو أصبت يكون إجازة استحساناً » . وانظر أيضاً الفتاوى العتابية مخطوط رقم ١٩٣ بدار الكتب المصرية والفتاوى التتارخانية مخطوط رقم ٣٤٤ بدار الكتب المصرية (المجلد الثانى فى تصرفات الفضولى) ، وانظر كذلك الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٥٢ – ١٥٣ والفتاوى الأنقروية ج ١ ص ٢٥١ . والفتاوى المهدية ج ٣ ص ١٣٤ .

(١) جاء فى جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣١ : « ذكر الخير الرملى أنه نقل عن المحيط أنه إذا اشترى سلعة من فضولى ، وقبض المشترى المبيع بحضرة صاحب السلعة فسكت يكون رضاء » . وفى ص ٢٣٢ من نفس المرجع : « باع أرض ابنه فقال الابن ما دمت حياً فأنا راض به أو قال فأنا أجزت البيع ما دمت حياً ، فإذا مت فأنا أبيعه ، قال هذا إجازة لأن قوله أنا راض أو أنا أجزت يكفى قلنا قوله : ما دمت حياً . ولو قال ما دمت حياً فأمسكه لم يكن إجازة » . وانظر أيضاً البحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص١٦٠ ففيه « ثم الإجازة لبيع الفضولى تكون بالفعل وبالقول فمن الأول تسليم المبيع وكذا أخذ الثمن ومن الثانى طلب الثمن » .

(٢) انظر جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣١ .

ويسلمه ، أو كان المبيع أرضاً فيزرعها أو يحرثها أو يرعى حشيشها ، أو كان المبيع دكاناً فيسكنها أو يعمرها ويضيف لها عمارات أو يخرب بعضها أو كان المبيع زرعاً فيحشبه كان إجازة فعلية يلزم بها البيع » [1] .

ولكن هل يعتبر السكوت إجازة : هذا ما نوضحه فيما يلي :

السكوت :

السكوت لا يعتبر إجازة لأنه لا ينسب لساكت قول ، والقاعدة فى المذهب الحنفى أنه لا يعتبر إجازة بالدلالة إلا حيث يتضرر الغير بعدم هذا الاعتبار ، ففى بيع الفضولى — كما قالوا — لا ضرر على أحد من عدم اعتبار السكوت إجازة بل الضرر على من له حق الإجازة حيث يلزمه ما لم يلتزم ، وحيث يخرج ما له عن ملكه بدون رضاه .

ولما كان الاعتبار هو وجود الضرر [2] وعدمه فقد رأينا اتجاهاً فى المذهب إلى اعتبار السكوت إجازة فى بعض الحالات فقالوا : إن المالك إذا رأى المشترى يتصرف فى ملكه الذى اشتراه من الفضولى ثم لم يغير ذلك ، فإنه يعتبر إقراراً أو إجازة ، حتى لو قام بعد ذلك يطالب ملكه أو يدعى بطلان البيع لم تسمع دعواه [3] . ذلك أن المشترى يتضرر بعدم اعتبار السكوت إجازة لأنه يؤاخذ بتصرفاته ويضيع ماله فى الهدم والبناء لو أبطل ملكه للشىء الذى اشتراه .

---

(١) انظر فى هذا شرح مجلة الأحكام العدلية للأستاذ سعيد المحاسنى ج ١ ص ٢٤٤ طبعة ١٩٢٧ مطبعة الترقى بدمشق .

(٢) جاء فى العناية للبابرتى ج ٧ ص ٣٣٥ : « السكوت إنما يصير إذناً وإجازة دفعاً للضرر » . وجاء فى حاشية سعدى جلبى فى الموضع ذاته : « كون السكوت إذناً كان لأجل دفع الضرر فحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل إذناً » .

(٣) جاء فى جامع الفصولين ج ٢ ص ١٣٩ : « رآه يبيع عرضاً أو داراً وتصرف فيه المشترى زماناً وهو ساكت تسقط دعواه » .

وكذلك فإننا لو جعلنا السكوت رضا لتضرر رب المال أو صاحب الشأن ولزمه حكم تصرف الفضولى لأن ملكه يزول .

ولذلك فقد رجح الفقهاء فى هذا جانب المالك لأن حقه فى العين أسبق، وسكوت المالك يحتمل الرضا وعدم الرضا وبالمحتمل لا يزول الملك فلا يجعل ذلك تسليماً منه للبيع(١) .

وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يلزم أن يتصرف المشترى فى المبيع بعلم المجيز ليعتبر السكوت إجازة ، بل يكفى أن يكون إنشاء تصرف الفضولى بمرأى ومسمع من المجيز ثم لا ينكره ليعتبر سكوته إقراراً لتصرف الفضولى وهو من التصرفات الموقوفة(٢) .

وأخيراً فالإجازة تصرف لا يقبل التعليق ، فإذا قال المالك الذى بيع عرضه بيع فضولى ، قد أجزت إن زاد المشترى فى الثمن بطلت الإجازة اعتباراً بابتداء العقد(٣) .

هذا هو رأى الحنفية فى بيان صيغة الإجازة . وذهب الشيعة الزيدية(٤)

---

(١) جاء فى المبسوط للسرخسى ج ٣٠ ص ١٤٠ — ١٤١ : « لو جعلنا السكوت رضا تضرر رب المال ولزمه حكم تصرف الفضولى لأن ملكه يزول ولو لم نجعله رضا تضرر به المشترى فرجحنا جانب المالك لأن حقه فى العين أسبق والمشترى هو المغتر حين لم يسأل .. واعتبر سكوتاً محتملا ... وبالمحتمل لا يزول الملك فلا يجعل ذلك تسليما منه للبيع » .

(٢) جاء فى جامع الفصولين ج ٢ ص ١٣٩ : « باع عقاراً وامرأته أو ولده أو بعض أقاربه حاضر فسكت ثم ادعاه على المشترى من كان حاضراً وقت البيع أفتى مشايخ سمرقند أنه لا يسمع وجعل سكوته فى هذه الحالة كإقرار دلالة قطعاً للأطماع الفاسدة وأفتى مشايخ بخارى أنه يسمع فينظر المفتى فى ذلك فلو كان فى رأيه أنه لا يسمع لاشتهار المدعى بحيلة وتلبيس فأفتى به كان حسناً سداً لباب التزوير » .

(٣) جاء فى حاشية الحموى على الأشباه والنظائر ج ٢ ص ٢٢٥ : « الإجازة لا يجوز تعليقها ... وتعليق الإجازة بالشرط باطل كقوله إن زاد فلان فى الثمن فقد أجزت ، ولو زوج بنته البالغة بلا رضاها فبلغها الخبر، فقالت أجزت إن رضيت أمى بطلت الإجازة إذ التعليق يبطل الإجازة اعتباراً بابتداء العقد » .

(٤) جاء فى كتاب البحر الزخار لابن المرتضى ج ٣ ص ٢٢٩ وتصح الإجازة بكل لفظ أو فعل يفيد التقرير كطلب ثمن المبيع ونحو ذلك» . وانظر المنتزع المختار ج ٣ ص ٤٣ — ٤٥ .

إلى أنه يشترط أن تكون الإجازة بلفظ أو فعل يفيد التقرير، فمثل اللفظ أن يقول أجزت أو رضيت أو نعم مافعلت أو هات الثمن أو نحو ذلك، ومثل الفعل أن يسلم المبيع الذى بيع أو يقبض ثمنه أو يتصرف فيه بأى تصرف .

وذهب الشيعة الإمامية[1] إلى أن الإجازة تصح باللفظ الدال عليها ولا يعتبر السكوت دليلا على الإجازة بل لا بد من التصريح وأن السكوت مع الحضور لا يدل على الرضا .

وعند المالكية تكون الإجازة بكل ما يدل على الرضا بالتصرف، فتكون باللفظ الصريح وما يدل عليه كأخذ الثمن وتسليم المبيع .

وأما السكوت فيكون دليلا على الإجازة إذا كان التصرف بحضور المتصرف له ولم يكن هناك مانع من إنكاره ورده، أما إن كان بغير حضوره ولم يعلم به فهو مخير بين فسخ البيع أو أخذ الثمن ولا يضره السكوت، أما إذا علم وسكت لا ينكر التصرف، فقد اختلف فيه فقيل إن سكوته لا يعتبر رضا ولو استمر عاماً أو عامين وقيل إن سكت عاماً اعتبر سكوته رضا ولم يكن له بعد قيام[2] .

---

(١) جاء فى مفتاح الكرامة للعاملى ج ٤ ص ١٩٨ : « لو باع سلعة وصاحبها حاضر ساكت فحكمه حكم الغائب . . ولا بد من لفظ يدل عليها لأنها كالبيع فى استقرار الملك ، ولو باع الفضولى وصاحب السلعة ساكت لم يلزمه البيع وإن كان حاضراً ولا يكفى حضور المالك ساكتاً فى بيع الفضولى بل لا بد من التصريح ، فإن السكوت مع الحضور لا يدل على الرضا » .

(٢) جاء فى البهجة شرح التحفة للتسولى ج ٢ ص ٤٨ : « وقد اختلفت فى السكوت هل هو إذن وإقرار أم لا ؟ وأظهر القولين أنه ليس بإذن ولا إقرار إلا بما يعلم فى مستقر العادة أن أحداً لا يسكت عنه فيكون إذناً وإقراراً » .

وجاء فى مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٢٧١ : « قال ابن رشد : إن كان حاضراً الصفقة فسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيع وكان له الثمن وإن سكت بعد انقضاء المجلس حتى مضى العام ونحوه استحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه » .

وجاء فى العقد المنظم للحكام لابن سلمون الموجود بهامش التبصرة ج ١ ص ٢٠٩ « وسئل ابن زرب عن رجل بيع عليه ماله وهو غائب ثم علم بالبيع وسكت سنة أو سنتين، ثم قام فيه =

وعند الحنابلة(١) والشافعية(٢) السكوت لا يدل على الرضا ولا على الإجازة .

فإذا باع إنسان سلعة وصاحبها حاضر لم يأذن ولم يتكلم ولم ينكر لم يصح البيع ولا يعتبر سكونه رضا أو إجازة للبيع ، فالسكوت محتمل إذ قد يكون المالك أو صاحب الحق فى الإجازة راضياً بإمضاء التصرف وإنفاذه وقد لا يكون راضياً بذلك .

ونحن نخلص مما تقدم أن الأصل فى الشريعة الإسلامية ، هو أن السكوت لا يدل على الرضا وليس دليلا على الإجازة، إذ لا ينسب لساكت قول . ولكنه يكون رضا إذا قامت قرينة تدل على ذلك، أو أحاط بالتصرف من الظروف ما يجعله يدل على ذلك ، كتسلم المالك الذى بيع ملكه بدون إذنه للثمن ثم لا يعترض على ذلك فيكون السكوت بياناً(٣) .

وبهذا أخذ المشرع فى التقنين المدنى العراقى فنصت المادة ٨١ منه على أنه : «لا ينسب لساكت قول ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان»(٤).

= وقال : القيام فيه واجب وليس هو كمن بيع عليه ماله. وهو حاضر فهذا ليس له غير الثمن والبيع له لازم ... قال ابن زرب إذا بيع عليه ماله ولم يحضر فهو مخير بين فسخ البيع أو أخذ الثمن ولا يضره سكوته لأنه يقول أردت أن أستخير الله فيه وأشاور نفسى » .

(١) جاء فى المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٢٠٦ الطبعة الثالثة ١٣٦٧ هـ : « لو باع سلعة وصاحبها حاضر ساكت فحكمه حكم ما لو باعها من غير علمه فى قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة وأبو ثور والشافعى وقال ابن أبى ليلى سكوته إقرار، لأنه دليل على الرضا فأشبه سكوت البكر فى الإذن فى نكاحها ، ولنا أن السكوت محتمل فلم يكن إذناً كسكوت الثيب ، وفارق سكوت البكر لوجود الحياء المانع من الكلام فى حقها وليس ذلك بموجود هنا » .

(٢) جاء فى المجموع شرح المهذب جـ ٩ ص ٢٦٤ : « إذا باع إنسان سلعة وصاحبها حاضر لم يأذن ولم يتكلم ولم ينكر لم يصح البيع عندنا وبه قال ابن المنذر وحكاه عن أبى حنيفة وأبى يوسف وقال ابن أبى ليلى يصح البيع» . وانظر أيضاً مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٥ ، ونهاية المحتاج جـ ٣ ص ٢٤ — ٢٥ .

(٣) انظر فى هذا الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٨ وما بعدها طبعة ١٢٩٨ هـ .

(٤) انظر أيضاً المادة ٩٨ من القانون المدنى المصرى الحالى ، والوسيط للدكتور السنهورى جـ ١ ص ٢٢٢ — ٢٢٤ طبعة ١٩٥٢ م .

صيغة الإجازة فى القانون :

يتفق الفقه القانونى مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية من أن الإجازة قد تكون صريحة أو ضمنية ، وهى تكون صريحة بأية عبارة مادام أنها تفيد بوضوح اتجاه نية المجيز إلى الإجازة، فلا يشترط فيها بيانات معينة ويكفى فيها أى لفظ يدل على معنى النزول عن الحق فى إبطال العقد .

ويشترط المشرع فى التقنين المدنى الفرنسى فى الإجازة الصريحة أن يذكر العقد المراد إجازته وسبب البطلان ونية الإجازة (م ١٣٣٨ مدنى فرنسى) .

وقد نصت المادة ١٣٩ من التقنين المدنى المصرى الحالى فى فقرتها الأولى على نوعى الإجازة فقالت :

١ — يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية[1] .

والإجازة الصريحة تكون بأية عبارة تدل عليها، كأجزت. أما الإجازة الضمنية فتكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق فى التمسك بالبطلان أو بإتيانه عملا مادياً يدل على نزوله عن التمسك بالبطلان كبنائه على الأرض التى اشتراها، أو أن يبرم تصرفاً قانونياً يستخلص منه أنه أجاز العقد كأن يشترى قاصر عيناً ثم يبيعها بعد بلوغه سن الرشد ، أو يبيع قاصر عيناً ثم يستأجرها بعد بلوغه سن الرشد[2] .

---

(١) وتطابق هذه المادة، المادة ١٤٠ من التقنين المدنى السورى، ١٣٩ من التقنين المدنى الليبى، ونصت المادة ٢٣٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ذلك فقالت : « إن تأييد العقد يمكن إدراجه فى شكل آخر صريح أو ضمنى فيبدو حينئذ كتأييد فعلى لا مقدر ، على أن التأييد الصريح لا يكون ذا مفعول إلا إذا كانت وثيقة التأييد تتضمن جوهر العقد والعيب الذى كان فيه ومشيئة العدول عن دعوى البطلان والتأييد الضمنى يستفاد من كل حالة وكل مسلك يؤخذ منهما أن صاحب تلك الدعوى عدل عنها » .

(٢) انظر فى هذا الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى ج ١ ص ٥١٧ — ٥١٨ طبعة =

وفى التقنين المدنى العراقى تكون الإجازة صراحة أو دلالة وعلى هذا نصت المادة ١/١٣٦ فقالت « إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة ». وهذا يتفق مع ما ذهب إليه المشرع فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى

من له حق الإجازة ومحلها ومدتها

الفرع الأول

المجيز

المجيز فى الشريعة :

المجيز فى الشريعة الإسلامية هو كل من يملك مباشرة التصرف الموقوف ، فقد يكون المجيز هو المالك الذى بيع ملكه بغير إذن شرعى أو وليه أو وكيله ، فإذا باع الفضولى ملك الغير توقف العقد على إجازة ذلك الغير ، وإذا أجيز تصرف الفضولى اعتبر وكيلا ونفذ التصرف منذ عقده ، وإذا لم يجزه من له الحق فى إجازته بطل .

وليس للمتصرف إليه كالمشترى من الفضولى حق الإجازة ، ولكن له حق الفسخ قبل إجازة المالك فإذا أجاز المالك فلا يملك الفسخ لأنه بهذه الإجازة يعتبر عقده نافذاً منذ صدوره ويصبح المشترى مالكا للمبيع من ذلك الوقت .

= ١٩٥٢م ، وانظر له نظرية العقد ص ٦٦٩ — ٦٧٠ ، وانظر أيضاً نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ج ٢ ص ٨٣ ونظرية البطلان للدكتور جميل الشرقاوى ص ٣٨٧ .

وانظر فى شرح القانون المدنى الفرنسى أوبرى ورو ج ٤ فقرة ٣٣٧ ، وبلانيول وريبير وإسمان ج ١ فقرة ٣٠٦ ، ٣٠٨ ص ٤٢٢ . وانظر فى معنى الإجازة الصريحة والضمنية ريبير وبولانجيه ج ٢ فى الالتزامات ص ٢٧٥ — ٢٧٦ فقرة ٧٤٦ — ٧٤٧ طبعة ١٩٥٧م . وانظر أيضاً مازو فى الالتزامات ج ٢ ص ٢٥٣ فقرة ٣١٢ طبعة ١٩٦٢م .

وليس للفضولى كذلك حق الإجازة بل له حق الفسخ قبل إجازة المالك ليدفع الحقوق عن نفسه[1].

وكذلك لا تجوز إجازة المشترى للشيء المبيع قبل قبضه لعدم المجيز[2].

ولولى الصبي أن يجيز تصرفه المتردد بين النفع والضرر كالبيع والإجارة، وللصبي نفسه بعد بلوغه أن يجيز ما عقد وقت وجود وليه . وتصرح النصوص بأن من ليس له ولى أو وصى خاص وكان تحت ولاية قاض فتصرفه موقوف على إجازة ذلك القاضى أو إجازته هو بعد بلوغه ، وهذا إذا كان تصرفاً يقبل الإجازة احترازاً عما إذا طلق أو أعتق[3] .

وكذلك فإنه يحق لمن استمد السلطة على مباشرة العقد ممن كان يملك مباشرته وقت إجرائه كوكيل المالك أن يجيز التصرف الموقوف[4] .

وفى بيع المرهون يتوقف نفاذ العقد على إجازة المرتهن وللمرتهن كذلك حق الفسخ على إحدى الروايتين فى المذهب وله هذا الحق عن طريق القاضى على الرواية الأصح ، وكذلك للمشترى أن يفسخ العقد إذا لم يكن يعلم بالرهن وقت البيع عند أبى يوسف وعند محمد له هذا الحق سواء

---

(١) انظر فى هذا فتح القدير ج ٥ ص ٣١٢ .

(٢) جاء فى فتاوى قاضى خان ج ٢ ص ١٧٥ : « باع ثوباً من رجل ولم يقبضه المشترى حتى باعه البائع من رجل بفضل عشرة دراهم ثم أجاز المشترى بيع البائع لا تصح إجازته لأنه بيع ما لم يقبض » .

(٣) جاء فى رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٢ : « صبية زوجت نفسها من كفء وهى تعقل النكاح ولا ولى لها فالعقد يتوقف على إجازة القاضى فإن كانت فى موضع لم يكن فيه قاض إن كان ذلك الموضع تحت ولاية قاضى تلك البلدة ينعقد ويتوقف على إجازة ذلك القاضى وإلا فلا ينعقد وقال بعض المتأخرين ينعقد ويتوقف على إجازتها بعد البلوغ » .

(٤) جاء فى جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٥ : « باع مال يتيم ثم جعله القاضى وصياً له فأجاز ذلك البيع صح استحساناً » . وفى نفس الموضع : « باع بلا أمره ثم أجازه بعد وكالته جاز » . وفى نفس الموضع أيضاً : « باع مال غيره فأجازه وكيل مالكه جاز وتتعلق حقوقه بالمباشر لا الوكيل » .

علم بالرهن أم لم يعلم [١] .

وفى بيع الشيء المستأجر يتوقف نفاذ البيع على إجازة المستأجر ، وليس للمستأجر حق الفسخ بلا خلاف ولكن المشترى له هذا الحق [٢] .

وتأسيساً على ذلك فإذا قال المستأجر لا أجيز بيع الآجر ثم أجاز جاز ، لأنه بعدم إجازته لا ينفسخ لأنه لا يملك الفسخ بخلاف الحال فى بيع الفضولى إذا قال المالك لا أجيز ثم أجاز بعد لم يجز لأن العقد المفسوخ والعقد الباطل لا ترد عليهما الإجازة .

وكذلك ليس للراهن والمؤجر حق الفسخ [٣] وللدائنين الحق فى أن يجيزوا التصرف الذى صدر من مدينهم المعسر إضراراً بهم فتصرفه ينعقد موقوفاً على إجازتهم ، وكذلك فإنه يحق للدائنين وللورثة أن يجيزوا التصرف الصادر من المريض مرض الموت إضراراً بحقوقهم . وكذلك يثبت حق الاجازة لغير هؤلاء ممن ينعقد التصرف موقوفاً على إجازتهم كالموكل حين يجيز تصرف الوكيل فى القدر الذى تجاوز فيه حدود الوكالة ، وكالوارث حين يجيز تصرف الموصى فى القدر الزائد على الثلث ، وكالشريك حين يجيز تصرف شريكه فى المال الشائع .

المجيز فى القانون :

الذى يملك الإجازة فى فقه القانون هو من يثبت له الحق فى التمسك بالإبطال . فناقص الأهلية ومن شاب رضاءه عيب من عيوب الرضا وهى

---

(١) انظر فى هذا المبسوط للسرخسى ج ١٣ ص ١١ . والبحر الرائق لابن نجيم ج ٥ ص ٢٨١ ، وانظر أيضاً رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٥ .

(٢) انظر فتح القدير ج ٥ ص ١٨٥ ، ٣٢٢ وجاء فى حاشية الطحطاوى على الدر المختار ج ٣ ص ٨٧ : « المستأجر إنما يملك الإجازة دون الفسخ » .

(٣) جاء فى الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١١٠ « وليس للراهن والآجر الفسخ » .

الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال يملك هذا الحق ، وشذ عن ذلك بيع ملك الغير فالمالك له الحق فى إقراره وإن لم يكن له الحق فى الإبطال لأنه ليس طرفاً فى العقد[1] ، لأن هذا البيع لا ينقل الملكية إلى المشترى فإذا أجاز المالك الحقيقى لم يعد هناك مانع من انتقال الملكية وتنقضى علة البطلان .

أما وقف العقد فى فقه الشريعة ففيه تفصيل ، فقد يملك الشخص الإجازة والفسخ، كالمالك فى بيع ملك الغير وقد يملك الفسخ دون الإجازة كالمشترى من الفضولى والفضولى نفسه ، وقد يملك الإجازة دون الفسخ كالمستأجر إذا بيع الشىء المستأجر ، فالفكرة العامة أن الذى يوقف العقد فى حقه يكون له حق الإجازة ، أما حق الفسخ فقد يكون له وقد لا يكون .

وفى القانون المدنى العراقى الذى أخذ بفكرة العقد الموقوف من الشريعة الإسلامية يملك الإجازة من شرع التوقف لمصلحته سواء كان طرفا فى العقد كما فى حالة تصرف ناقص الأهلية أو معيب الإرادة أو عند انعدام الولاية على المحل ، ويترتب على الإجازة أن يزول الخطر الذى كان يهدد العقد بالزوال ، فيصبح العقد نافذاً وبذلك يستقر نهائياً ، فموافقة الموكل على تصرف تجاوز الوكيل فيه حدود الوكالة ، وموافقة المالك على بيع الفضولى لملكه تعتبران إجازة فى القانون المدنى العراقى حيث يكون عقد الوكيل وعقد الفضولى موقوفين ، بينما فى القوانين العربية الأخرى تعتبر هذه الموافقة

---

(١) انظر فى هذا نظرية العقد للأستاذ الدكتور السنهورى ص ٦٦٨ والوسيط ج ١ ص ٥١٦ طبعة ١٩٥٢م وانظر أيضاً دروس فى النظرية العامة للالتزامات للأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكى ص ٢٦٠ — ٢٦١ ٢ طبعة ١٩٦٤ — ١٩٦٥ .

وانظر فى شرح القانون المدنى الفرنسى مازو ج ٢ ص ٢٥٢ فقرة ٣٠٩ طبعة ١٩٦٢م ، ودالوز ص ٦٣٧ فقرة ٤٤ ج ٣ .

إقراراً بالمعنى الذى تقدم بيانه(١) .

الفرع الثانى

محل الإجازة

محل الإجازة فى الشريعة :

الإجازة فى فقه الشريعة الإسلامية تصرف فى عقد موقوف ، فهى لا ترد على العقد النافذ كما لا ترد على العقد الباطل لأن الباطل معدوم والإجازة لا تخلق من العدم وجوداً ، ومحلها يجب أن يكون تصرفاً شرعياً قولياً موقوفاً سواء أكان تمليكا أو إسقاطاً . أما التصرف الفعلى فلا تلحقه الإجازة عند أبى حنيفة لأن الإجازة تصرف فى العقد بالإبقاء ، وتلحقه عند محمد كما تلحق الأقوال(٢) .

ويشترط أن يكون محل الإجازة قائماً حتى وقت صدورها وإلا بطل العقد . والعلة التى يقوم عليها توافر هذا الشرط هو أن الإجازة لها حكم الإنشاء ، وبها تترتب الأحكام فلابد من وجود محل يظهر فيه الحكم .

وفى عقد النكاح يشترط قيام الزوج والزوجة فقط لأنهما الوحيدان اللذان تترتب عليهما أحكام النكاح أما الفضولى الذى عقده فلاضرر من فقده لأنه لن يترتب بالنكاح عليه التزام(٣) .

---

(١) انظر فى هذا نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ج ٢ ص ٧٩ طبعة ١٩٥٨ م .

وانظر فى شرح القانون المدنى العراقى مصادر الالتزام للدكتور عبد المجيد الحكيم ص ٢٨٢ — ٢٨٣ طبعة ١٣٧٩ هـ / ١٩٦٠ م .

(٢) جاء فى جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٧ : « الإجازة لا تلحق الأفعال عند أبى حنيفة رحمه الله وتلحقها عند محمد رحمه الله » . وقد سبق أن بينا ذلك عند الكلام عن محل العقد الموقوف فى الباب الثانى من هذا القسم ورجحنا رأى الإمام أبى حنيفة .

(٣) انظر فى هذا الهداية ج ٥ ص ٣١١ والبدائع للكاسانى ج ٥ ص ١٥٢ والبحر الرائق ج ٦ ص ١٦١ .

محل الإجازة فى القانون :

الإجازة فى القانون ترد على العقد القابل للإبطال وهى لا ترد كما فى فقه الشريعة الإسلامية على العقد الباطل لأنه معدوم وليس من شأن الإجازة أن تخلق من العدم وجوداً وإنما يجوز عمله من جديد .

وإذا كانت المادة ٤٨٩ من التقنين المدنى المصرى تنص على أنه : « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » . فهذا حكم استثنائى خرج فيه الشارع على القواعد العامة حيث صحح الهبة فى هذه الحالة إذا تم تنفيذها وهو يملك ذلك وقد قيل فى تعليل هذا الحكم إن الهبة الباطلة بسبب تخلف الشكل ينجم عنها التزام طبيعى إذا ما أوفى به الوهب أو ورثته كان الوفاء صحيحاً[1] .

فمحل الإجازة فى القانون هو العقد القابل للإبطال وهو عقد منتج لآثاره مادام لم يتقرر بطلانه ، ولا فارق بينه وبين العقد الصحيح إلا فى أن العاقد الذى شرع الإبطال لمصلحته يستطيع أن يطلب إبطاله فوجوده مهدد بالزوال فإذا لحقته الإجازة أو تم التنازل عن دعوى الإبطال استقر العقد نهائياً[2] .

الفرع الثالث

المدة المقررة للإجازة

المدة المقررة للإجازة فى الشريعة :

فى الفقه الحنفى يبقى العقد موقوفاً إذا سكت من له حق الإجازة شرعاً

(١) انظر فى هذا الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى فقرة ٣١٥ ص ٥١٤ـ٥١٥ .

(٢) انظر فى هذا نظرية العقد للأستاذ الدكتور السنهورى ص ٦٦٨ ، ونظرية العقد فى قوانين البلاد العربية للدكتور عبد المنعم فرج الصده جـ٢ ص ٧٩ طبعة ١٩٥٩م ، ونظرية البطلان فى القانون المدنى للدكتور جميل الشرقاوى ص ٣٨٥ ، وانظر فى شرح القانون المدنى الفرنسى الالتزامات للأستاذ مازو جـ ٢ ص ٢٥٢ فقرة ٣٠٩ طبعة ١٩٦٢م .

عن الإجازة — وذلك كالمالك فى حالة بيع الفضولى لملكه — لايجيز التصرف الموقوف ولا يرده ، فليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر من له حق الإجازة مجيزاً أو غير مجيز ، فيبقى التصرف موقوفاً حتى يجاز أو يرد ، وهذا فى الواقع من شأنه أن يطيل أمد توقف التصرف ويجعل التعامل غير مستقر مدة غير محدودة .

وقد عالج الفقه الحنفى ذلك بأن جعل لكل من العاقدين كالفضولى والمشترى منه ، الحق فى فسخ العقد[1] فيخلص بالفسخ من هذه الحالة غير المستقرة . ولكن هذا فى الواقع ليس حلا للموضوع لأنه يؤدى إلى فسخ العقد ، أما إذا أريد بقاؤه دون فسخ فليس هناك من سبيل أمام العاقدين إلا التربص انتظاراً لإجازة المالك أو صاحب الحق فى الإجازة وليس لها وقت معلوم .

وقدكان الفقه المالكى موفقاً فى هذا ، ففيه إذا باع الفضولى بحضرة المالك وسكت هذا اعتبر سكوته إجازة ، وإن باع بغير حضرته وبلغه ، فسكت عاماً من وقت علمه ، اعتبر سكوته إجازة ونفذ التصرف[2] .

المدة المقررة للإجازة فى القانون :

نصت المادة ١٤٠ من التقنين المدنى المصرى الحالى على مايأتى :

« ١ — يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات .

« ٢ — ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الذى

---

(١) انظر فى هذا البحر الرائق ج ٦ ص ١٦١ .

(٢) انظر فى هذا الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ١٢ وشرح الخرشى ج ٥ ص ١٧ — ١٨ .

يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط والتدليس من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه ، وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد»[١].

فالحق فى إبطال العقد يسقط بالتقادم إذا مضت المدة القانونية المقررة فلا يجوز بعد ذلك إبطاله لا من طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع ، وبذلك يستقر العقد نهائياً بعد أن كان مهدداً بالزوال .

وللتقادم أثر رجعى كالإجازة إذ به يصبح العقد صحيحاً بصفة نهائية منذ إبرامه . غير أن هناك فارقاً بين الإجازة والتقادم فقد نص القانون على أن للإجازة أثر رجعياً ويجب ألا يضر بحقوق الغير بينما لم يرد هذا النص فى شأن التقادم ، فلو أن قاصراً باع عيناً وبعد بلوغه سن الرشد وقبل سقوط الحق فى الإبطال بالتقادم رتب على العين رهناً ثم تم التقادم فإن ملكية العين تخلص للمشترى غير مثقلة بحق الرهن ، وهذا على خلاف ما هو مقرر فى حالة الإجازة[٢] كما سنرى عند بيان حكم الإجازة .

والتقادم الوارد فى المادة ١٤٠ من التقنين المدنى المصرى المشار إليها

---

(١) تطابق هذه المادة المادة ١٤١ من التقنين المدنى السورى فيما عدا أن الفقرة الأولى من هذه المادة تجعل سقوط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال سنة واحدة . وتطابقها المادة ١٤٠ من التقنين المدنى الليبى . وتنص المادة ٢٣٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن : « الحق فى إقامة هذه الدعوى (دعوى الإبطال) يسقط بحكم مرور الزمن بعد عشر سنوات إلا إذا كان القانون قد عين مهلة أخرى لحالة خاصة » .

(٢) انظر فى هذا نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية للأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ج ٢ ص ٨٨ — ٨٩ .

وانظر أيضاً النظرية العامة للالتزام (فى المصادر) للدكتور عبد الحى حجازى ص ٢٨١ — ٢٨٢ .

ليس فى الواقع إلا صورة للإجازة يمكن أن تسمى بالإجازة المفروضة بقرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس. وعدم تأثر حقوق الغير بالأثر الرجعى فى حالة التقادم هو الحل الصحيح الذى يتفق مع كون العقد القابل للإبطال عقداً صحيحاً منتجاً لكل آثاره منذ إبرامه حتى ترد عليه الإجازة أو الإبطال[1].

وقد تضمنت النص على هذه الإجازة المادة ١٣٠٤ من القانون المدنى الفرنسى فقالت: إن دعوى البطلان لعيوب الرضا تسقط بعد مضى عشر سنوات إن لم ينص القانون على وقت أقل »، وحددت هذه المادة بدء سريان مدة العشر سنوات من نفس الوقت الذى تستطاع فيه الإجازة أى من تاريخ اكتشاف الغلط أو ارتفاع الإكراه أو من تاريخ بلوغ سن الرشد أو رفع الحجر فى حال نقص الأهلية. وقد جرى الرأى الغالب فى الفقه على اعتبار أساس سقوط هذه الدعوى فى هذه الحال إجازة مفروضة[2].

المدة المقررة للإجازة فى القانون المدنى العراقى :

رأى المشرع فى التقنين المدنى العراقى الذى أخذ بفكرة العقد الموقوف من الشريعة الإسلامية ألا يبقى العقد موقوفاً مدة طويلة دون أن تلحقه

---

(١) هذا ويفترق تقادم دعوى البطلان فى العقد الباطل عن تقادم دعوى الإبطال فى العقد القابل للابطال ، فتقادم دعوى البطلان لايجعل العقد صحيحاً ، بل يبقى العقد باطلا وكل ما هنالك أن دعوى البطلان لايجوز سماعها لتقادمها ، أما تقادم دعوى الإبطال فيترتب عليه أن يصبح العقد صحيحاً بصفة نهائية (انظر فى هذا نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية ج ٢ ص ٨٩ — ٩٠ للأستاذ الدكتور الصدة . والنظرية العامة للالتزام فى المصادر) للدكتور عبد الحى حجازى ص ٢٨٢ حيث يقول : « ويترتب على اعتبار التقادم الثلاثى إجازة ضمنية أن ينقلب العقد صحيحاً كامل الصحة بعد انقضاء مدة ذلك التقادم ... » .

(٢) انظر فى شرح القانون المدنى الفرنسى جوسران ج ٢ فقرة ٣٤٩ وانظر أيضاً دى لاموراندبير ج ٢ ص ٤٣٩ فقرة ٧٨١ .

الإجازة ، فأوجب استعمال خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر ، فإذا كان سبب التوقف هو نقص الأهلية يبدأ سريان هذه المدة من وقت اكتمال الأهلية أو من الوقت الذى يعلم فيه الولى بصدور العقد ، وإذا كان السبب هو الإكراه أو الغلط أو التغرير بدأ سريان المدة من وقت ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير .

وإذا كان سببه انعدام الولاية على المحل كما فى حالة بيع الفضولى لملك الغير بدأ سريان هذه المدة من الوقت الذى يعلم فيه المالك بصدور العقد[1]. أما دعوى الاستغلال فقد جعل المشرع العراقى لها ميعاد سقوط قدره سنة واحدة . وقد أحسن هذا المشرع صنعاً فى جعل خيار الإجازة أو النقض مدة ثلاثة أشهر حتى لا يبقى العقد موقوفاً غير نافذ مدة طويلة ، الأمر الذى قد يؤدى إلى عدم استقرار التعامل وزعزعته فترة قد تطول ما دام العقد موقوفاً على إجازة صاحب الحق وليس لها وقت معلوم[1] .

---

(١) وقد نصت على هذا المادة ١٣٦ من هذا التقنين فى فقرتيها الثانية والثالثة فقالت :

١ — « ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر فإذا لم يصدر فى هذه المدة ما يدل على الرغبة فى نقض العقد اعتبر العقد نافذاً » .

٣ — « ويبدأ سريان المدة إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من الوقت الذى يزول فيه هذا السبب أو من الوقت الذى يعلم فيه الولى بصدور العقد ، وإذا كان سبب التوقف الإكراه أو الغلط أو التغرير فمن الوقت الذى يرتفع فيه الإكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التغرير ، وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذى يعلم فيه المالك بصدور العقد » .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية المختصرة لمشروع القانون المدنى العراقى مطبعة الحكومة ببغداد سنة ١٩٤٨م (وضعها السيد / منير القاضى) « أن المشرع العراقى استجد تحديد مدة للاجازة فى البيع الموقوف ولا يخفى ما فى هذا التحديد من الضرورة لاستقرار العقد » .

المطلب الثالث
شروط صحة الإجازة

الفرع الأول
شروط صحة الإجازة فى الشريعة

ذهب فقهاء الحنفية إلى أنه يشترط لصحة الإجازة قيام كل عناصر التصرف (العاقدين والمحل والمجيز) وقت صدور الإجازة ووقت صدور التصرف . ذلك أن للإجازة تارة حكم الإنشاء وهو لا يتحقق بدون العاقدين والمعقود عليه والمجيز ، لذلك كان قيامها شرطاً للحوق الإجازة ، وأما اشتراط وجودها وقت التصرف فإن العقد متى أجيز ينفذ من وقت صدوره أى مستنداً أو بأثر رجعى .

ونحن نفصل فيما يلى هذه الشروط :

الشرط الأول · قيام العاقدين وقت صدور التصرف ووقت الإجازة ، فإذا مات أحدهما قبل أن يجيز صاحب الشأن أو من له الحق فى الإجازة شرعاً ، لا تلحق الإجازة التصرف الموقوف ، وذلك كاشتراط قيام البائع « الفضولى » والمشترى فى حالة قيام الأول ببيع ملك الغير دون إذنه ، وذلك حتى يوجد من يلتزم بحكم العقد ، وتترتب الحقوق له والالتزامات عليه ، ولا يمكن لشىء من ذلك أن يترتب فى ذمة الورثة مباشرة ، بل يجب أن يترتب أولا للمورث أو عليه ثم ينتقل بعد ذلك إلى الورثة ، كما أن الإجازة تصرف فى العقد بالإبقاء فلا بد من وجود طرفيه[1] .

الشرط الثانى : وجود المجيز كاشتراط وجود المالك المجيز فى حالة بيع

---

(١) انظر فى هذا البدائع للكاسانى ج ٥ ص ١٥١ وفتح القدير ج ٥ ص ٣١١ — ٣١٢

الفضولى مثلا ، فلا تجوز إجازة وارثه ، لبطلان التصرف بموته[١] ، وفى هذا تختلف القسمة ، فعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله إذا كانت التركة بين كبار مما يجبرون على قسمته فاقتسموه بلا أمر القاضى وبعضهم غائب فإنه يتوقف على إجازة الغائب ، فإن مات قبل الإجازة فأجازه ورثته جازت عندهما استحسانا لا عند محمد رحمه الله قياساً[٢] وقد سبق تفصيل ذلك[٣] .

والقاعدة فى الشريعة أن ما لا مجيز له عند وجوده لا تلحقه الإجازة ، لأن ما له مجيز متصور منه الإذن للحال وبعد وجود التصرف ، فكان الانعقاد عند الإذن القائم مفيداً فينعقد وما لا مجيز له لا يتصور الإذن به للحال ، والإذن فى المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث ، فإن حدث كان الانعقاد مفيداً ، وإن لم يحدث لم يكن مفيداً فلا ينعقد مع الشك فى حصول الفائدة على الأصل المعهود أن ما لم يكن ثابتاً بيقين لا يثبت مع الشك ، وإذا لم ينعقد لا تلحقه الإجازة لأن الإجازة للمنعقد .

وعلى هذا يخرج ما إذا طلق الفضولى امرأة البالغ أو أعتق عبده أو

---

(١) جاء فى البدائع ج ٥ ص ١٥١ : « يشترط قيام المالك حتى لو هلك المالك قبل إجازته لا يجوز بإجازة ورثته لأن من شروط الإجازة قيام صاحب المتاع » .

(٢) انظر فى هذا جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٠ ، وفى فتح القدير ج ٥ ص ٣١٣ : « إن الرأى الأول رأى أبو حنيفة وأبى يوسف لا رأى أبى يوسف وحده ووجه الاستحسان أنه لا فائدة فى نقض القسمة ثم الإعادة ووجه قول محمد أن القسمة مبادلة كالبيع فلا تجوز بإجازة ورثته والاستحسان مقدم » . وانظر أيضاً مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٧٣ طبعة ١٣١٩ هـ . وانظر فى شروط صحة الإجازة المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٦٤١ — ٦٤٢ ، ومقال العقد الموقوف للدكتور محمد زكى عبد البر ص ٤٤ — ٤٧ وانظر أيضاً المادة ٣٧٨ من مجلة الأحكام العدلية وشرح المجلة للأستاذ سعيد المحاسنى ج ١ ص ٣١٤ — ٣١٥ .

(٣) انظر ماسبق فى الفصل الأول من هذا الباب تحت عنوان « موت المجيز قبل الإجازة » .

أو وهب ماله أو تصدق به فإنه ينعقد موقوفاً على الإجازة لأن البالغ يملك هذه التصرفات بنفسه فكان لها مجيز حال وجودها فيتوقف على إجازة المالك .

وإذا فعل الفضولى ذلك بالنسبة إلى الصبي لا ينعقد ، لأن الصبي ليس له أن يباشر هذه التصرفات بنفسه ، وعدم انعقادها بالنسبة للفضولى مرجعه هو أنه لا مجيز لها حال وجودها .

وكذلك فإن الصبي المحجور عليه إذا باع مال نفسه أو أجره أو باشر بنفسه تصرفاً من التصرفات التى يجوز للولى أن يباشرها بالنسبة له . فإنه يتوقف على إجازة وليه ما دام صغيراً مميزاً ، وعلى إجازته بنفسه بعد بلوغه ، لأنه لما بلغ فقد ملك الإنشاء فأولى أن يملك الإجازة[1] .

الشرط الثالث : أن تصدر الإجازة حال بقاء محل التصرف الموقوف كى يظهر أثر العقد فيه عند صدورها ، فلو أجيز العقد بعد هلاك محله فإن الإجازة لا تصح .

ففى بيع ملك الغير يشترط وجود المبيع عند الإجازة لأن الملك لا ينتقل من البائع إلى المشترى قبل أن يجاز من صاحب الشأن ، فإذا أجيز البيع ينتقل الملك مستنداً إلى وقت التعاقد ولا يمكن أن يتم ذلك إذا كان محل البيع قد هلك[2] .

وإذا لم تعلم حالة المبيع من حيث وجوده وعدمه صحت الإجازة عند

---

(١) انظر فى هذا البدائع جـ ٥ ص ١٤٩ — ١٥٠ ، وفتح القدير جـ ٥ ص ٣١٤ — ٣١٥ ، والجوهرة النيرة مخطوط رقم ١٢٧ بدار الكتب المصرية « باب البيع » . والفتاوى العتابية « باب البيع » مخطوط رقم ١٩٣ بدار الكتب المصرية .

(٢) جاء فى الهداية جـ ٥ ص ٣١١ : « الإجازة تصرف فى العقد بالإبقاء فلابد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه » .

محمد رحمه الله لأن الأصل بقاؤه وهو قول أبي يوسف الأول ، ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا تثبت مع الشك(١) .

الشرط الرابع : قيام الثمن : الثمن إما أن يكون ديناً كالدراهم والدنانير والموزون الموصوف والمكيل الموصوف فى الذمة . وإما أن يكون عيناً كالعروض . فإن كان الثمن ديناً فقيامه فى يد البائع ليس بشرط للحوق الإجازة ، لأن الدين لا يتعين بالتعيين ، فكان قيامه بقيام الذمة .

وإن كان عيناً فقيامه شرط للحوق الإجازة بجانب الشروط سالفة الذكر ، لأن الثمن إذا كان عيناً كان البائع مشترياً من وجه ، والشراء لايتوقف على الإجازة بل ينفذ على المشترى إذا وجد نفاذاً عليه بأن كان أهلا ، وللمالك حق الرجوع عليه بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن كان قيمياً ، لأنه عقد لنفسه ونقد الثمن من مال غيره فيتوقف النقد على الإجازة ، فإذا أجاز مالكه بعد النقد كان له أن يرجع عليه بمثله أو بقيمته بخلاف ما إذا كان الثمن ديناً ، فإن العاقد يكون بائعاً من كل وجه ، ولا يكون مشترياً لنفسه أصلا فيتوقف على إجازة المالك ، فإذا أجاز كان مجيزاً للعقد فكان بدله له(٢) .

هذه هى شروط صحة الإجازة فى المذهب الحنفى ويتفق معهم فى ذلك

---

(١) انظر فى هذا فتح القدير جـ ٥ ص ٣١١ — ٣١٢

(٢) انظر فى هذا البدائع للكاسانى جـ ٥ ص١٥٢ وفتح القدير جـ ٥ ص٣١٢ ، وجامع الفصولين جـ ١ ص ٢٣٠ ، ورد المحتار لابن عابدين جـ ٤ ص ١٤٧ ، ومجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر جـ ٢ ص ٧٣ . والفتاوى الهندية جـ ٣ ص ١٥٢ طبعة ١٣١٠ هـ ، وشرح ابن ملك على مجمع البحرين لابن الساعاتى مخطوط رقم ٢٨ بدار الكتب المصرية المجلد الثالث ص ١١٩ ، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلاخسرو مخطوط رقم ١٧٤ بدار الكتب المصرية ص ٢٠٩ .

الشيعة الزيدية(١) والإمامية(٢) على الرأى القائل بفكرة العقد الموقوف عندهما . فهم يشترطون لصحة الإجازة أن يكون العقد صحيحاً مع بقاء العاقدين والمعقود عليه إلى وقت الإجازة ، وأن تصدر الإجازة ممن له ولاية إنشاء العقد .

كما يتفق مع الحنفية أيضاً المالكية(٣) والشافعية فى المذهب القديم(٤) والحنابلة(٥) فى إحدى الروايتين فى المذهب فهم يقولون بوقف بيع الفضولى ومن فى حكمه ، والوقف على الإجازة لا يرد إلا على تصرف صحيح ، وأن يكون للتصرف مجيز حال صدوره . غير أنهم لا يشترطون بقاء المجيز إلى وقت الإجازة فإذا مات قبل أن يجيز التصرف الموقوف ، قام وارثه مقامه فى ذلك وقد سبق الإشارة إلى ذلك(٦) .

---

(١) جاء فى كتاب المنتزع المختار فى فقه الشيعة الزيدية ج ٣ ص ٤٢ — ٤٣ : « وإنما ينفذ العقد الموقوف بشروط خمسة : الأول أن يكون العقد صحيحاً . الثانى الإضافة من المشترى لفظاً أو نية . الثالث أن تقع الإجازة مع بقاء المتعاقدين وبقاء العقد فلو مات أحد المتعاقدين بطل ولم تلحقه الإجازة بعد وكذلك لو بطل العقد قبل الإجازة بفسخ أو وقع ما يجرى مجرى الفسخ نحو أن يعقد عليه المالك أو الفضولى عقداً آخر أو يقول المالك لا أرضاه أو لا رغبة لى فيه أو لا أجيزه . الشرط الرابع أن يقع تنفيذه بإجازة من هى له حال العقد فقوله هى عائد إلى الولاية أى لا تصح الإجازة إلا ممن له الولاية فى المبيع حال العقد بملك أو ولاية كالوصى فلو كانت الولاية له حال الإجازة دون حال العقد لم يصح ... الشرط الخامس أن تكون الإجازة واقعة بلفظ أو فعل يفيد التقرير ... » .

(٢) انظر فى فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملى ج ٤ ص ١٨٩ — ١٩٠ .

(٣) انظر فى فقه المالكية حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ١١ — ١٢ وشرح الخرشى ج ٥ ص ١٧ — ١٨ .

(٤) انظر فى فقه الشافعية المجموع شرح المهذب ج ٩ ص ٢٥٩ — ٢٦٠ .

(٥) انظر فى فقه الحنابلة المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٥ — ٢٠٦ الطبعة الثالثة ١٣٦٧ هـ .

(٦) انظر الفصل الأول من هذا الباب تحت عنوان « موت المجيز قبل الإجازة » .

الفرع الثانى

شروط صحة الإجازة فى القانون

الإجازة تصرف من جانب واحد فيجب أن تتوافر فيها الشروط اللازمة لصحة التصرف القانونى، وعليه فيشترط لصحتها أن يعلم المجيز بسبب قابلية العقد للإبطال فتتجه إرادته إلى النزول عن حقه فى طلب الإبطال ، وأن تتوافر له وقت الإجازة الأهليـــة اللازمة لإبرام العقد الذى يجيزه ، وألا يشوب إرادته عيب من عيوب الإرادة . فمن كان عقده قابلا للإبطال بسبب إكراه وقع عليه لا تصح إجازته إلا إذا صدرت منه بعد ارتفاع الإكراه .

ومن هذا يتبين أنه يجب لصحة الإجازة أن يزول السبب الذى من أجله كان العقد قابلا للإبطال(١) .

وهذه الشروط نفسها هى التى يشترطها فقهاء القانون المدنى الفرنسى لصحة الإجازة(٢) .

---

(١) انظر فى هذا نظرية العقد للأستاذ الدكتور السنهورى ص ٦٦٨ — ٦٦٩ ، ونظرية العقد فى قوانين البلاد العربية للدكتور عبدالمنعم فرج الصدة ج ٢ ص ٨١ — ٨٢ ، وانظر مقالا بعنوان التصرفات الإقرارية والإنشائية للأستاذ حامد فهمى منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى العدد الأول ١٣٤٩ هـ - ١٩٣١م ص ٤١ . وانظر أيضاً الالتزامات للدكتور سليمان مرقس ص ٣٣٠ طبعة ١٩٦٠م . ونظرية البطلان للدكتور جميل الشرقاوى ص ٣٨٧ .

وانظر كذلك حكم محكمة النقض المصرية فى الطعن رقم ٣٦ لسنة ٢١ ق بجلسة ١٩٥٣/١١/٢٦ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض « حيث تقرر بأن الإجازة التى تصحح العقد هى التى تصدر ممن يملكها وهو عالم بالعيب الذى يشوب العقد وأن يكون قاصداً إجازته » .

(٢) انظر فى شرح القانون المدنى الفرنسى الالتزامات للأستاذ دى لاموراندبير ج ٢ ص =

ويتفق الفقه القانونى مع فقه الشريعة فى هذه الشروط ، غير أن فقهاء الشريعة من الأحناف كما رأينا قد اشترطوا فضلا عن ذلك شروطاً أخرى هى وجود العاقدين والمحل والمجيز وقت صدور التصرف الموقوف، ووقت صدور الإجازة ، ومرجع ذلك هو أن الإجازة فى فقه الشريعة — تارة يكون لها حكم الاستناد ، وتارة يكون لها حكم الإنشاء ، ومن ثم يجب توافر هذه الشروط وقت صدور التصرف لأنه الوقت الذى تستند إليه الإجازة كما يجب توافرها وقت صدور الإجازة لأنه الوقت الذى وجدت فيه .

أما فى فقه القانون فالإجازة لها حكم الاستناد ، وليس لها حكم الإنشاء لأن العقد قبل صدورها كان نافذاً فهى لا تضيف إليه جديداً بل تؤكد ما أنتجه من آثار .

وفى القانون المدنى العراقى يشترط وجود من يملك الإجازة وقت صدور العقد الموقوف دون وقت صدور الإجازة ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلى أو المعقود عليه وقت الإجازة وعلى هذا نصت المادة ١٣٦/١ منه فقالت : « يشترط فى صحتها (الإجازة) وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلى أو المعقود عليه وقت الإجازة» . فهو قد جعل للإجازة حكم الاستناد دون حكم الإنشاء لأن الحاجة قد تدعو إلى إجازة العقد بعد موت أحد الأطراف الثلاثة أو بعد

= ٤٣٢ فقرة ٧٦٥ طبعة ١٩٥٩ . وجاء فى شرح القانون المدنى الفرنسى فى الالتزامات للأستاذ مازو ج ٢ ص ٢٥٢ فقرة ٣١٠ طبعة ١٩٦٢ أن للاجازة شروطاً ثلاثة :

١ — أن يكون التصرف المجاز قابلا للابطال .

٢ — أن يعلم المجيز بسبب قابلية العقد للابطال فتتجه إرادته إلى النزول عن حقه فى طلب الإبطال .

٣ — أن تصدر الإجازة نفسها خالية من العيب ولا سيا عيب الغلط والتدليس والإكراه .

هلاك المحل فاكتفى باشتراط قيام عناصر التصرف وقت صدوره دون وقت صدور الإجازة(١).

المطلب الرابع
حكم الإجازة

الفرع الأول
حكم الإجازة فى الشريعة

يقرر الفقهاء أن الإجازة فى الانتهاء بمنزلة الإذن فى الابتداء ، والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة(٢).

ولو أخذنا هذه القاعدة على إطلاقها وجب أن نقول إن التصرف الموقوف إذا أجيز يكون له حكم التصرف النافذ منذ إنشائه : ولكن المذهب الحنفى يرى أن من التصرفات ما يستند إلى وقت إنشائه ، ومنها ما يقتصر على حال صدور الإجازة . فالإجازة تارة تكون إنشاء ، وتارة تكون إظهاراً(٣) ، ويترتب عليها نفاذ العقد وإنتاجه لآثاره وسقوط حق

---

(١) انظر فى بيان ذلك نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ج ٢ ص ٨٢ — ٨٣ ، ومصادر الحق للدكتور السنهورى ج ٤ ص ١٩٨ ، ٢٠٩ — ٢١٠ .

(٢) انظر فى هذا المبسوط للسرخسى ج ١٣ ص ١٥٣ . ونصت المادة ٨٠٤ من مرشد الحيران على هذه القاعدة فقالت : « الإجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة فإذا باع فضولى مال غيره بلا إذنه فأجاز صاحب المال البيع يكون كما لو وكل الفضولى » .

(٣) جاء فى البدائع للكاسانى ج ٥ ص ٢٦٤ : « بيع الفضولى يثبت بطريق الاستناد والمستند ظاهر من وجه مقتصر من وجه فكانت الإجازة إظهاراً من وجه إنشاء من وجه » . وجاء فى كتاب المنتزع المختار ج٣ ص٦٤ فى فقه الشيعة الزيدية: «والمبيع يملك بالإجازة منعطفاً من يوم العقد لأن الإجازة كالكاشفة عن الملك لأنها كالخيار » ، وانظر فى فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملى ج ٤ ص ١٩٠ .

صاحب الشأن أو من يملك الإجازة شرعاً ضمناً فى التمسك بإبطاله ، وإذا سقط[1] هذا الحق فليس له أن يتمسك به ثانية لأن الساقط متلاش لا يعود.

ونبين فيما يلى هذين النوعين من التصرفات :

ا — التصرفات التى يقتصر حكمها على وقت صدور الإجازة :

من هذه التصرفات ما يأتى :

أولا : ليس للمتصرف إليه بعقد موقوف كالمشترى من الفضولى فى حالة بيع الأخير لملك الغير أن يتصرف فيه قبل الإجازة[2] ، وإنما يعتبر تصرفه صحيحاً من وقت صدور الإجازة أى أنه يثبت مقتصراً على وقت صدورها .

وعدم صحة تصرف المشترى من الفضولى فى هذه الحالة قبل الإجازة مرجعه أن تصرف الفضولى ينعقد موقوفاً على إجازة المالك أو صاحب الحق فى الإجازة فإذا أجاز هذا الأخير تصرف الفضولى الموقوف كانت إجازته إبطالا ورداً لتصرف المشترى من الفضولى وذلك استناداً لقاعدة أنه إذا طرأ ملك بات على ملك موقوف أبطله وقد سبق بيان هذه القاعدة[3] .

ثانيا : إذا باع الفضولى شيئاً مملوكا لغيره فإن طلب الشفعة فى الشىء الذى باعه يكون وقت الإجازة فى رأى محمد وهو المذهب وفى رأى أبى حنيفة يكون الطلب وقت العقد .

وفى البيع المشروط فيه الخيار يكون طلب الشفعة فيه وقت العقد .

---

(١) جاء فى بحث التصرف الإسقاطى ص ١٠٣ للأستاذ محمد زكريا البرديسى : « الإسقاط تلاشى الحق الثابت وزواله نهائياً ، وعدم نقله إلى غير المختص به سواء كان هذا التلاشى بعوض أو بغير عوض » .

(٢) جاء فى الجوهرة النيرة ج ١ ص ١٩٩ : «ولا يجوز للمشترى من الفضولى التصرف فيه قبل الإجازة سواء قبضه أو لم يقبضه » .

(٣) انظر الفصل الأول من هذا الباب تحت عنوان « طروء الملك البات على الملك الموقوف » .

أما فى البيع الفاسد فيكون طلب الشفعة فيه عند انقطاع حق الاسترداد[1].

ثالثاً : فى النكاح الموقوف الوطء قبل الإجازة لا يوجب العدة ولا يحل المرأة لزوجها الذى أبانها قبله وإن أعقبته الإجازة ، وقد عللوا ذلك بأن السبب استحداث الملك واليد ، والحادث يثبت مقصوراً على الحال ، فالحكم لا يسبق سببه[2] .

رابعاً : طلاق الفضولى يثبت حكمه مقصوراً على حال الإجازة ، حتى لا يقع الطلاق الواقع قبلها ، وهذا بخلاف البيع الموقوف على إجازة المالك فإنه إذا أجازه يثبت الملك من حين العقد فيثبت الملك للمشترى فى الولد والزيادة الحادثة بين العقد والاجازة[3] .

ب — التصرفات التى يثبت حكمها مستنداً إلى وقت صدورها :

من هذه التصرفات ما يأتى :

أولا — إذا أجيز بيع الفضولى لمال الغير فإنه يعتبر نافذاً ومستنداً حكمه إلى وقت إنشاء العقد ، إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، وإذا

---

(١) جاء فى فتاوى قاضى خان ج ٢ ص ١٨٥ : « فى بيع الفضولى يطلب الشفعة وقت الإجازة عند محمد وهو المذهب وعند أبى حنيفة يكون الطلب وقت العقد وفى البيع المشروط فيه الخيار يكون طلب الشفعة فيه وقت العقد وفى البيع الفاسد عند انقطاع حق الاسترداد » .

(٢) جاء فى الفتاوى الهندية ج ١ ص ٥٨٦ : « لاتجب العدة بالوطء فى نكاح الفضولى كذا فى محيط السرخسى » . وجاء فى نفس المرجع ص ٤٧٣ : « لو تزوجت عبداً بغير إذن سيده فدخل بها ثم أجاز السيد النكاح فلم يطأها بعد ذلك حتى طلقها لاتحل للأول حتى يطأها بعد الإجازة كذا فى فتح القدير » . وانظر أيضاً الهداية ج ٨ ص ١١٤ .

(٣) انظر فى هذا جامع الفصولين ج ١ ص ٢٢٩ ، وفى شرح الخرشى فى فقه المالكية ج ٤ ص ١٢ : « وطلاق الفضولى متوقف على إجازة الزوج كبيعه إلا أن العدة والأحكام من يوم الإجازة بخلاف البيع » .

هلك الثمن فى يد الفضولى قبل الإجازة ثم أجيز العقد لم يضمنه كما لا يضمنه الوكيل باعتباره أمانة فى يده إذا هلك بغير تعد منه ولا تفريط ، ومن هذا أنه يصح حطه من الثمن ولو صدر الحط قبل الإجازة كما يصح الحط من الوكيل[1].

ثانيا — فى النكاح الموقوف على إذن الزوجة إذا بلغها فلم تجزه ولم ترد حتى ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت صدور العقد فإنه يثبت نسب المولود إن أجازت النكاح مستنداً إلى وقت العقد[2] .

ثالثا — كل ما يحدث فى محل التصرف الموقوف من زيادة كالكسب والولد والنماء المتصل والمنفصل فإنه يملكه من يثبت له ملك الأصل بالإجازة ، ولو كان النماء والزيادة حصلا قبل الإجازة ومثل النماء والزيادة ما يؤخذ عوضاً عن ضرر أصاب محل التصرف الموقوف قبل الإجازة . ففى البيع الموقوف إذا أجاز المالك البيع فإن الملك يثبت للمشترى من وقت الشراء

---

(١) جاء فى جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣١ : « المالك إذا أجاز بيع الفضولى يترتب عليه أحكام التوكيل بالبيع حتى لوحط من الثمن ثم المالك أجاز البيع يثبت البيع والحط ، سواء علم المالك بالحط أو لم يعلم ، إلا أنه إذا علم بالحط بعد الإجازة يثبت له الخيار ... والفقه فيه أنه يصير بالإجازة كوكيل ولو حطه الوكيل لايتمكن من مطالبة المشترى به كذا هذا » .

وجاء فى فتح القدير ج ٥ ص ٣١٢ : « وإذا أجاز المالك صار المبيع ملكا للمشترى والثمن مملوكاأمانة فى يد الفضولى ، فلو هلك لايضمنه كالوكيل ، فإن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة حيث أنه بها صار تصرفه نافذاً » . وفى البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ١٦٠ : « فإنه (الفضولى) بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفى ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته » .

وفى فقه المالكية يعتبر الفضولى بالإجازة وكيلا فالإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فقد جاء فى الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ١٢ : « ووقف ملك غيره على رضا مالكه ... ويطالب الفضولى بالثمن لأنه بإجازة بيعه صار وكيلا » .

(٢) جاء فى جامع الفصولين ج ١ ص ٢٢٨ : « لو زوجها فضولى فبلغها الخبر ، وما أجازت وما ردت حتى ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت التزوج أيثبت نسبه منه أم لا ؟ أجاب إن أجازت النكاح يثبت وإلا فلا » .

ويثبت له بالتالى الحق فى كل مايحدث للمبيع قبل الإجازة من نماء أو زيادة(١).

الفرع الثانى

حكم الإجازة فى القانون

إذا أجيز العقد استقر نهائياً بعد أن كان قابلا للإبطال ، لأن الإجازة تنازل من جانب صاحب المصلحة عن حقه فى التمسك بالبطلان(٢) ، وبها يزول الخطر الذى كان يهدد العقد بالزوال .

وقد نصت المادة ١٣٩ من التقنين المدنى المصرى الحالى فى فقرتها الثانية على أنه : « وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير »(٣) .

ومن هذا يتضح أن الإجازة إذا صدرت فإن أثرها يستند إلى تاريخ إبرام العقد وبها يصبح العقد صحيحاً بصفة نهائية من وقت انعقاده وكأنه لم يكن قابلا للإبطال .

والأثر الرجعى للإجازة يكون كما تقول النصوص دون إخلال بحقوق الغير فهو لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين فلا يؤخذ به بالنسبة إلى الغير الذى كسب حقاً عينياً على الشىء الذى ورد عليه التعاقد .

فلو أن قاصراً باع عيناً وبعد بلوغه سن الرشد باعها ثانية أو رهنها

---

(١) جاء فى الفتاوى الهندية حـ ٣ ص ١١٢ : « وكل ماحدث فى البيع الموقوف من كسب وولد وأرش قبل الإجازة فللمشترى » .

(٢) انظر فى هذا رسالة الأستاذ الدكتور عبدالمنعم البدراوى عن أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٣٦ .

(٣) وتطابق هذه المادة المواد ١٤٠ / ٢ من التقنين المدنى السورى ، ١٣٩ / ٢ من التقنين المدنى الليبى وتنص المادة ٢٣٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن : « التأييد أياً كان شكله مقدراً كان أو صريحاً أو ضمنياً يمحو العيب الذى كان فى العقد فلا يبقى لأحد أن يتخذ هذا العيب حجة للاعتراض بأية وسيلة من الوسائل سواء أ كانت دفعاً أم ادعاء وأن التأييد يتضمن العدول عن كل الوسائل التى يمكن الاعتراض بها على العقد ماخلا الحقوق التى اكتسبها شخص ثالث حسن النية » .

لآخر ثم أجاز العقد الأول فإن الإجازة لا تؤثر على حق المشترى الثانى والدائن المرتهن إذ تخلص العين لهذا المشترى أو تبقى مثقلة بحق الرهن رغم الإجازة(١).

وحكم الإجازة فى فقه القانون المدنى الفرنسى لا يختلف عما قرره فقهاء القانون المدنى المصرى، فإذا صدرت الإجازة يصبح العقد صحيحاً منذ إبرامه ويزول عيب البطلان الذى لحق به بأثر رجعى وكأنه لم يكن قابلا للإبطال(٢).

وبهذه الأحكام أخذ المشرع فى القانون المدنى العراقى فنصت المادة ١٣٦ فى فقرتها الأولى على أن: «. . . إجازة العقد الموقوف تستند إلى الوقت الذى تم فيه العقد».

غير أننا نلاحظ أن إجازة العقد الموقوف تجعله ينتج آثاراً ما كان ينتجها قبل أن تلحقه الإجازة. أما فى العقد القابل للإبطال فإن كل مايترتب على الإجازة هو أن تزول قابليته للإبطال فهى لا تجعله ينتج آثاراً لم يكن ينتجها من قبل.

ويلاحظ أن المشرع فى التقنين المدنى العراقى لم ينص على أن استناد أثر الإجازة يجب ألا يضر بحقوق الغير، ولو أنه نص على ذلك لاستقام

---

(١) انظر فى هذا نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية للأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة جـ ٢ ص ٨٤. وانظر أيضاً الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى جـ ١ ص ٥١٨ طبعة ١٩٥٢، وانظر له أيضاً نظرية العقد ص ٦٧١.

(٢) انظر فى هذا المعنى هنرى مازو فى الالتزامات جـ ٢ ص ٢٥٤ فقرة ٣١٣ طبعة ١٩٦٢. وانظر أيضاً فى شرح القانون المدنى الفرنسى بلانيول وريبير واسمان جـ ١ ص ٤١٧ — ٤١٨ فقرة ٣٠٤، ٣٠٩ ص ٤٢٣، وانظر كذلك ريبير وبولانجيه فى الالتزامات جـ ٢ ص ٢٧٧ فقرة ٧٥١ — ٧٥٢ طبعة ١٩٥٧، وانظر أيضاً دى لاموراندير فى الالتزامات جـ ٢ ص ٤٣٥ فقرة ٧٧٢ طبعة ١٩٥٦ وانظر أوبرى ورو جـ ٤ بند ٣٣٧ ص ٤٤٥ الطبعة الخامسة، وانظر المادة ١٣٣٨ من القانون المدنى الفرنسى.

هذا مع طبيعة العقد الموقوف ، ذلك ان العقد الأخير على خلاف العقد القابل للإبطال لا ينتج آثاره كما بينا إلا إذا لحقته الإجازة . ومقتضى ذلك أن المالك الذى حصل التصرف فى ملكه بدون إذنه أو المتعاقد ناقص الأهلية أو الذى شاب إرادته عيب لا يفقد كل منهم بموجب العقد الموقوف أى حق من حقوقه على المحل المعقود عليه ، فإذا تصرف بعد ذلك فى هذا المحل فإنه يتصرف فى شيء يملكه . فالمشترى مثلا من قاصر بموجب عقد موقوف لا يصبح مالكا للعين المبيعة إلا بعد صدور الإجازة ، فإذا باع القاصر العين بعد بلوغه سن الرشد أو رهنها قبل أن يجيز العقد الموقوف فإنه يتصرف فى شيء يملكه .

فالمشرع فى التقنين المدنى العراقى ما دام لم ينص على هذا التحفظ بالنسبة إلى حقوق الغير فإن إجازة العقد الموقوف يترتب عليها زوال الحقوق التى ترتبت للغير من جانب المجيز على المحل المعقود عليه فى الفترة ما بين قيام العقد وصدور الإجازة ، ففى المثال المذكور إذا باع القاصر العين بعد بلوغه سن الرشد أو رهنها ، ثم أجاز بعد ذلك البيع الموقوف الذى أبرمه وهو قاصر ، فإن الملكية تستقر للمشترى الأول خالصة من الرهن[1] .

---

(١) انظر فى هذا نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية للأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ج ٢ ص ٨٤ — ٨٥ .

المبحث الثانى

رفض الإجازة

المطلب الأول

رفض الإجازة فى الشريعة

تمهيد :

عرفنا أن التصرف الموقوف لا حكم له ظاهراً يعرف فى الحال بل يكون ظهور أثره موقوفاً على إجازة صاحب الحق فإن أجازه صح ونفذ ، مستنداً إلى وقت نشوء التصرف أو مقتصراً على حال صدور الإجازة كما سبق ، وإن رفضه بطل وقبل أن نبين ما يترتب على رفض الإجازة من رد للتصرف الموقوف وبطلانه نشير إلى أنه يجب التفرقة بين عدم الإجازة ورفضها فالأول عمل سلبى يترتب عليه بقاء التصرف الموقوف غير نافذ إلى أن يجاز أو يرد. أما الثانى فهو عمل إيجابى يترتب عليه رد التصرف الموقوف وبطلانه .

وهذا مانبينه فيما يلى :

الفرع الأول

رد التصرف الموقوف

يعتبر رفض الإجازة رداً للتصرف الموقوف أو فسخاً له فنبين معنى الرد ومن يكون له هذا الحق وبم يكون ؟

معنى الرد

الرد فى اللغة المنع يقال رددت عليه قوله ورددت عليه الوديعة ، وتراد

القوم البيع وردوه (١). والمعنى اللغوى قريب من المعنى الاصطلاحى .

فنى الاصطلاح رد التصرف الموقوف منعه من إنتاج آثاره وذلك برفض إجازته ممن له الحق شرعاً فى ذلك . فنى بيع الفضولى لمال الغير وهو من التصرفات الموقوفة إذا لم يجز المالك البيع وأعلن رفضه لإجازته فإن البيع يبطل ولا يستطيع المالك إجازته بعد رده لأن الرد يتضمن إسقاط حق صاحب الشأن فى الإجازة وإنهاءه وزواله ، والساقط متلاش لا يعود ويصبح التصرف فى هـــذه الحالة فى حكم التصرف المفسوخ أو الباطل والمفسوخ أو الباطل لا ترد على كل منهما الإجازة .

من يكون له حق الرد :

يصح رد التصرف الموقوف كما يصح فسخه من كل من يلتزم بحق من جراء تنفيذه ، كما يكون حق الرد أيضاً لمن جعل له حق الإجازة كالمالك فى حالة بيع الفضولى لملـكه .

فللمالك ولـكل من الفضولى والمشترى منه فى حالة بيع ملك الغير الحق فى الرد قبل الإجازة لأن كلا منهم يلتزم بواجب ينشأ عن العقد فله أن يدفعه عن نفسه ما دام لم يجب عليه بعد حتى لو أن المالك أجاز بعد ذلك لا ينفذ التصرف لزوال العقد الموقوف بالرد . هذا فضلا عن أن المالك هو صاحب الشأن ، فله أن يجيز إذا رأى فى التصرف الموقوف خيراً له ، وله أن يرده إذا كان فى التصرف إضرار به فيحق له دفعه عن نفسه وحتى لا يخرج من ملـكه ما لا يرضى بخروجه .

وفى نكاح الفضولى يثبت الحق فى الرد لمن عقد له الفضولى ولمن عقد

---

(١) جاء فى المصباح المنير جـ ١ ص ١٠٣ (الراء مع الدال وما يثلثهما) : « رددت الشيء رداً منعته فهو مردود وقد يوصف بالمصدر فيقال هو رد ورددت عليه قوله ورددت إليه جوابه أى رجعت وأرسلت ومنه رددت عليه الوديعة ورددته إلى منزله فارتد إليه وترددت إلى فلان رجعت إليه مرة بعد أخرى وتراد القوم البيع وردوه وقول الغزالى إلا أن يجتمع متراادان مأخوذ من هذا كأن الماء يرد بعضه بعضاً إذا كان راكداً » .

معه ولا يثبت للفضولى نفسه لأنه معبر محض، كما أنه لا ضرر عليه فى تنفيذه ولن يلتزم من جراء نفاذه بشىء ، لأن حقوق العقد فى النكاح لا يرجع شىء منها إلى الفضولى بخلاف البيع[1] . ومثل النكاح الكفالة فالفضولى فيها لا يلزمه شىء من حقوق الكفالة فلا يكون له أن يردها بعد أن عقدها[2]. ويثبت حق الرد كذلك لولى الصبى المميز حين يتصرف الأخير تصرفاً متردداً بين النفع والضرر فإن له أن يجيز التصرف وله أن يرده إذا لم يكن فيه نفع للصبى ، وكذلك يثبت حق الرد للموكل إذا تجاوز الوكيل حدود الوكالة .

صيغة الرد

إجازة العقد الموقوف ليست واجبة على الفور ، ولهذا فإن عدمها بعد

(١) جاء فى البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ١٦٠ : « وقيد بالمالك فى قوله : فللمالك أن يفسخه أو يجيزه لأن للفضولى فسخه فقط حتى لو أجاز المالك لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وإنما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه ، فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفى ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته وفى البزازية وللمشترى فسخ البيع قبل الإجازة تحرزاً عن لزوم العقد بخلاف الفضولى فى النكاح ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل لأنه معبر محض فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولى ، وفى النهاية الفضولى فى النكاح يملك فسخه بالفعل ، بأن زوج فضولى امرأة رجلا بغير رضاها وقبل إجازته زوجه أختها فإن ذلك يكون فسخاً للنكاح الأول وفى فتاوى قاضيخان لا يكون فسخاً ويتوقف الثانى » . وانظر أيضاً البدائع ج ٥ ص ١٥١ وفتح القدير ج ٥ ص ٣١٢ ، والدر المختار للحصكفى ج ٤ ص ١٤٨ .

(٢) جاء فى المبسوط للسرخسى ج ١٩ ص ١٧٤ ــ ١٧٥ : « وإذا قال رجل لرجل لفلان على فلان مال فاكفل له بنفسه فقال قد فعلت ثم بلغ الطالب فقال أجزت فإنه يجوز لأنه عقد جرى بين اثنين ولو كان الملتزم وكيل الطالب كانت الكفالة صحيحة فإذا كان فضولياً توقفت على إجازته فإذا أجاز صار ملتزماً ، وللكفيل أن يخرج من الكفالة قبل قدوم الطالب لأنه يدفع اللزوم عن نفسه عند إجازة الطالب ، وللعاقد هذه الولاية فى العقد الموقوف إذا فسخه المشترى قبل إجازة المالك وليس للمخاطب (الفضولى) أن يبطل هذه الكفالة قبل إجازة الطالب لأنه لا يدفع به عن نفسه شيئاً فإنه عند الإجازة لا يجب على المخاطب شىء بخلاف البائع فى البيع الموقوف فإنه يجوز فسخه قبل أن يجيزه المالك لأنه يدفع به عن نفسه ضرر لزوم العهدة إذا أجازه المالك » .

وانظر فى نفس المعنى جامع الفصولين ج ١ ص ٢٢٩ — ٢٣٠ .

التمكن منها لا يعتبر رداً أو فسخاً، ففسخ التصرف الموقوف أو رده لا يكون بمجرد العمل السلبي بل لا بد فيه من عمل إيجابي ، ولكن ظاهر النصوص فى المذهب الحنفى تصرح أنه لا يشترط فى الرد أن يكون باللفظ الصريح بل يكون أيضاً بالفعل الدال عليه . فإذا قال من له الحق فى الرد رددت هذا العقد أو رددت هذا التصرف أو لا أجيزه ، أو فسخته — فإنه يرد أو ينفسخ ولا تلحقه بعد ذلك الإجازة منه أو من غيره . ومثل هـذا أن يتصرف تصرفا يتنافى مع التصرف السابق ، فإذا باع الفضولى ملك الغير ثم باع الغير هذا المبيع نفسه للفضولى أو لمن تعاقد معه الفضولى أو لغيرهما كان تصرفه فسخاً للبيع الموقوف ورداً له[1] .

ومثل البيع فى ذلك أن يضمن المالك الفضولى الذى سلم المبيع أو المشترى الذى تسلمه ، فإن تضمينه لأحدهما يتضمن تمليكه له وذلك يتضمن فسخ العقد الموقوف .

وعلى ضوء ما تقدم يفسر أن المشترى من الفضولى لو باع المبيع ثم أجاز المالك بيع الفضولى بطل بيع المشترى لأن بيعه هو الآخر انعقد موقوفاً على إجازة المالك ، فإجازة المالك البيع الموقوف تتضمن فسخاً للبيع الموقوف التالى . وهذا تطبيق من تطبيقات قاعدة طروء الملك البات على الملك الموقوف فيبطل الأخير . وقد سبق أن أوضحنا هذه القاعدة[2] .

والفضولى كما قدمنا ليس له أن يفسخ النكاح الذى تولى عقده ، ولكنه

---

(١) جاء فى الدر المختار ج ٤ ص ١٤٨ : « وقوله (المالك) لا أجيز رد له أى البيع الموقوف فلو أجازه بعد لم يجز لأن انفسوخ لإيجاز بخلاف المستأجر لو قال لا أجيز بيع الآجر ثم أجاز جاز » . وجاء فى جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣١ « غصبه فباعه ثم شراه بأقل مما باع يكون فسخاً للبيع الأول والزيادة للمشترى لا للغاصب ولا للمالك » .

(٢) انظر الفصل الأول من هذا الباب تحت عنوان : « طروء الملك البات على الملك الموقوف » .

ينفسخ بتجديده لأن تجديده من الطرف الثانى يتضمن فسخه منه ورده له ، وللطرف الثانى حق فسخ النكاح الذى انعقد موقوفاً [١] .

هذه هى حقيقة رد التصرف الموقوف عند الحنفية .

وفى المذهب المالكى[٢] وعند الشافعية فى المذهب القديم[٣] وكذا عند الحنابلة[٤] والشيعة الزيدية[٥] والإمامية[٦] فى إحدى الروايتين عندهم لا يختلف مضمون الرد فى معناه وصيغته عما قرره فقهاء الأحناف ، فالرد كما يستفاد من النصوص عندهم يكون كما بينا بكل مايدل عليه من قول أوفعل ، فلو علم المالك ببيع الفضولى ماله ثم باعه من غيره أو باعه منه اعتبر بيعه رداً لبيع الفضولى وفسخاً له والإجازة لا ترد على العقد المفسوخ أو الباطل وإنما محلها هو العقد الموقوف أو غير النافذ . وكذلك إذا قال المالك لا أرضى بالتصرف أو لا رغبة لى فيه أو لا أجيزه فإن ذلك يعتبر رداً للتصرف الموقوف يترتب عليه بطلانه .

---

(١) جاء فى جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٠ : « زوجه فضولى بأمرها بألف درهم ، ثم الفضولى والمرأة جددا النكاح لذلك الرجل بخمسين ديناراً ينفسخ الأول بالثانى حتى لو أن الزوج لو أجاز الأول لا تعمل إجازته ولو أجاز الثانى صح » .

(٢) جاء فى شرح الخرشى ج ٥ ص ٢٩٢ : « المجيز إذا تصرف بمعاوضة بغير إذن وليه فذلك موقوف على نظر وليه من إجازة أو رد كان الولى أباً أو غيره حيث استوت مصلحة الرد والإجازة .

(٣) انظر فى معنى قابلية التصرف الموقوف للرد والإجازة المجموع شرح المهذب ج ٩ ص ٢٥٩ فى فقه الشافعية فى المذهب القديم ونهاية المحتاج ج ٣ ص ٢٣-٢٤ .

(٤) انظر فى فقه الحنابلة المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٥-٢٠٦ .

(٥) جاء فى كتاب المنتزع المختار فى فقه الشيعة الزيدية ج ٣ ص ٤٢ : « لو بطل العقد قبل الإجازة بفسخ أو وقع ما يجرى مجرى الفسخ وذلك نحو أن يعقد عليه المالك أو الفضولى عقداً آخر أو يقول المالك لا أرضاه أو لا رغبة لى فيه أو لا أجيزه بطل » .

(٦) انظر فى فقه الشيعة الإمامية فى قابلية العقد الموقوف للاجازة والرد على إحدى الروايتين فى المذهب مفتاح الكرامة للعاملى ج ٤ ص ١٨٤ وما بعدها .

وعلى هذا فالرد مباين للإجازة ومغاير لها فهل تودى إلى جعل التصرف نافذاً ومنتجاً لأثره . أما الرد فيترتب عليه إسقاط الحق فى الإجازة وزواله وبالتالى بطلان التصرف الموقوف وهذا ما نوضحه فيما يلى :

الفرع الثانى

بطلان التصرف الموقوف

إذا رفض من له الحق فى إجازة التصرف الموقوف شرعاً إجازته فإنه يترتب على ذلك بطلانه فيصبح العقد الموقوف كالعقد الباطل من حيث أن كلا منهما لا ينتج أثره ويكون للبطلان أثر رجعى . والعقد فى حالة إبطاله كما فى حالة رده أو فسخه لا يزول فحسب بل يعتبر كأن لم يكن .

وإذا كان العقد الموقوف يبطل برفض إجازته ممن له الحق فى ذلك ، فإنه يبطل بوجه عام إذا فقد عنصراً من العناصر التى اشترطت لوجوده ويتحقق ذلك بما يأتى :

١ — بهلاك محل التصرف الموقوف فإذا لم يوجد بطل التصرف لأن الإجازة ترد على محل قائم وموجود[1] .

٢ — بفقد المجيز[2] أومن له الولاية على إجراء التصرف ففقده وقت إجراء التصرف يمنع انعقاده ، وكذلك فقده قبل الإجازة يبطل انعقاده ، وإذا بطل الانعقاد فلا ترد الإجازة على العقد وهذا هو مذهب الحنفية مع استثناء القسمة عند أبى حنيفة وأبى يوسف استحساناً ، ويخالفهم فى ذلك جمهور الفقهاء فيهم يقولون بانتقال حق الإجازة إلى الوارث إذا مات المجيز

---

(١) انظر البحر الرائق لابن نجيم جـ ٦ ص ١٦٠ .

(٢) جاء فى الجوهرة النيرة جـ ١ ص ١٩٦ : « إن مات المالك قبل الإجازة انفسخ البيع ولا يجوز بإجازة ورثته ، وقد استثنى من ذلك القسمة عند أبى حنيفة وأبى يوسف » .

قبل الإجازة وقد سبق بيان ذلك[١] .

٣ — بفقد الفضولى لأنه بالإجازة تترتب عليه حقوق العقد ويلزم بما ينشأ عنه من التزامات والحقوق لا تترتب على المالك . أما فى التصرفات التى لا تلزم الفضولى حقوقها فلا يشترط بقاؤه كما فى النكاح[٢] .

٤ — بفقد الطرف الثانى فى العقد كالمشترى فى البيع الموقوف لأنه بالإجازة يلزمه حكم العقد وحقوقه ، ولا يلزم الشخص بعد وفاته بما لم يلتزم به فى حياته[٣] .

المطلب الثانى
رفض الإجازة فى القانون

نصت المادة ١٣٩ من التقنين المدنى المصرى الحالى فى فقرتها الثانية على أنه : « وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير » . فنى حالة بيع ملك الغير مثلا إذا رتب المشترى حقاً عينياً كالرهن ثم تقرر البطلان فإن البائع يسترد العين خالية من الحق العينى الذى رتبه المشترى بشرط أن يكون البائع قد سجل دعوى البطلان أو أشر بها على هامش تسجيل العقد الباطل » .

فللإجازة فى القانون أثر رجعى بشرط عدم الإضرار بحقوق الغير .

فإذا رفض الإجازة من له الحق فى ذلك ولم يتنازل عن التمسك بحقه فى إبطال العقد فإن العقد يبطل . ونوضح فيما يلى تقرير البطلان وما يترتب عليه .

---

(١) انظر الفصل الأول من هذا الباب تحت عنوان : « موت المجيز قبل الإجازة » .

(٢) جاء فى فتح القدير جـ ٥ ص ٣١١ : « شرط بقاء البائع لأنه يلزمه حقوق العقد بالإجازة ولا تلزم إلا حياً » .

(٣) وفى فتح القدير فى الموضع المتقدم : « شرط بقاء المشترى ليلزمه الثمن وبعد الموت لا يلزمه ما لم يكن لزمه فى حال حياته » .

تقرير البطلان

العقد القابل للإبطال عقد منتج لآثاره ولكنه مهدد بالزوال فلا بد لتقرير بطلانه من التراضي أو التقاضي ، والحكم الذي يصدر في دعوى الإبطال ينشيء البطلان لأن العقد قبله كان صحيحاً منتجاً لآثاره[1] .

والقانون المدني العراقي حين أخذ بنظرية العقد الموقوف لم يخرج عن هذه الأحكام غير أن العقد الموقوف لا ينتج آثاره خلال فترة التوقف على خلاف العقد القابل للإبطال .

فإذا كان العقد قابلا للإبطال وتقرر إبطاله فلا يكون له وجود قانوني ، ولا يرتب أثراً ما سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير[2] . وإذا أبطل العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل (م ١٤٢/١ مدني مصري)[3] .

أما العقد الموقوف فهو لا ينتج أثراً خلال فترة التوقف - كما بينا - إلا إذا أجيز ، وإذا رفض إجازته من له حق الإجازة بطل العقد . وبهذا أخذ المشرع في التقنين المدني العراقي فنصت المادة ١٣٥ منه على ما يأتي :

« ١ — من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك .

" فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلا ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر .

---

(١) انظر في هذا دروس في النظرية العامة للالتزامات للدكتور محمود جمال الدين زكي ص ٢٦٠ طبعة ١٩٦٤ — ١٩٦٥ .

(٢) انظر في هذا مصادر الحق جـ ٤ ص ١٣٢ للأستاذ الدكتور السنهوري .

(٣) وتطابقها المادة ١٤٣ / ١ مدني سوري ، ٢٣٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني .

٣ — وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولى بطل التصرف . وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولى البدل فله الرجوع عليه به . فإن هلك البدل فى يد الفضولى بدون تعد منه ، وكان العاقد الآخر قد أداه عالماً أنه فضولى فلا رجوع له عليه بشىء منه .

٤ — وإذا سلم الفضولى العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت فى يده بدون تعد منه فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء . فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه فى تضمين الآخر » .

فهذه أحكام خاصة تترتب على تقرير نقض العقد الموقوف أو بطلانه وقد تأثر فيها المشرع العراقى بأحكام الفقه الإسلامى .

المبحث الثالث

العقد إذا كان فى شق منه نافذاً وفى شق آخر موقوفاً فى الشريعة وما يقابله فى القانون

ذهب الحنفية إلى أنه إذا كان العقد فى شق منه نافذاً وفى شق آخر موقوفاً ، فإنه يترتب على إجازة العقد فى الشق الموقوف أن يصبح صحيحاً نافذاً فى الشقين جميعاً ، وإذا لم يجز الشق الموقوف انتقض العقد فنفذ فى شق وسقط فى الشق الآخر[1] .

وهذه المعانى نجدها عند المالكية فقد جاء فى القوانين الفقهية لابن جزىء « ولو باع الرجل ملكه وملك غيره فى صفقة واحدة صح البيع فيهما ولزمه فى ملكه ووقف اللزوم فى ملك غيره على إجازته »[2] .

كما نجد هذه الفكرة عند الشيعة الإمامية فقد جاء فى كتاب مفتاح

---

(١) انظر فى هذا البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٩٠ — ٩١ وتبيين الحقائق للزيلعى ج ٤ ص ٦٠ — ٦١ ، والفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٣١ — ١٣٣ .

(٢) انظر فى هذا القوانين الفقهية لابن جزىء ص ٢٥١ مطبعة النهضة بتونس ١٣٤٤هـ ١٩٢٦ م .

الكرامة للعاملي : «ولو باع ملكه وملك غيره صفقة صح فيما يملك ووقف الآخر على إجازة المالك ، فإن أجاز نفذ البيع وقسط الثمن عليهما بنسبة المالين بأن يقوما جميعاً ثم يقوم أحدهما إذا كان من ذوات القيم ، أما صحته فيما يملك فالبيع صحيح بالإجماع ، وأما وقوف الآخر على إجازة المالك فهو محل خلاف وإذا لم يجز بطل »[1] .

ويلاحظ أنه لا يرد فى مذهب الشافعى الجديد وكذا عند الحنابلة فى الرواية الأخرى فى المذهب أن يكون العقد فى شق منه نافذاً وفى شق آخر موقوفاً فالعقد الموقوف عند هؤلاء عقد باطل . أما الصورة التى ترد عندهم فهى أن يكون العقد فى شق منه صحيحاً وفى شق آخر باطلا[2] وفى هذه الحالة يبقى الشق الصحيح فى العقد قائماً ويسقط الشق الباطل .

وهذه المعانى التى عرفها الفقه الإسلامى عن فكرة انتقاص العقد يقابلها ما نص عليه المشرع فى التقنين المدنى المصرى الحالى فى المادة ١٤٣ منه التى تنص على أنه : « إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذى يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال ، فيبطل العقد كله[3] .

فنى فقه القانون يجب لانتقاص العقد أن يكون هناك عقد باطل فى

---

(١) مفتاح الكرامة للعاملى ج ٤ ص ٢١٢ ، وفى المختصر النافع ص ١١٨ : « ولو جمع بين ما يملك وما لا يملك فى عقد واحد كعبده وعبد غيره صح فى عبده ووقف الآخر على الإجازة » .

(٢) انظر فى فقه الشافعية المهذب للشيرازى ج ١ ص ٢٦٩ ، والوجيز للغزالى ج ١ ص ١٤٠ . وانظر فى فقه الحنابلة المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٩١ — ٢٩٣ .

(٣) ويقابل هذا النص المادة ١٣٩ من التقنين المدنى العراقى التى تنص على أنه : « إذا كان العقد فى شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذى يبطل . أما الباقى من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلا إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا » .

أحد أجزائه دون الأجزاء الأخرى ، لأنه لو كان باطلا فى جميع أجزائه لما كان هناك وجه لانتقاصه ، فإن أى جزء منه يبقى بعد الانتقاص يكون باطلا ، وقد يكون هناك محل لتحوله إلى عقد آخر صحيح[1] طبقاً لما تقضى به نظرية تحول العقد المنصوص عليها فى المادة ١٤٤ من التقنين المذكور وهذا نصها : « إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد » .

والعبرة فى الانتقاص فى فقه القانون هى بقصد المتعاقدين .

أما فى الفقه الإسلامى فالانتقاص يتم على أساس موضوعى لا على أساس ذاتى ، فإذا كان المبيع فى شق منه نافذاً وفى شق آخر موقوفاً دخل المبيع كله فى العقد إذ ينعقد البيع فى الشقين ، فإذا سقط الشق الموقوف لعدم إجازته بقى الشق النافذ بحصته من الثمن وذلك لجواز البيع بالحصة من الثمن بقاء[2] .

---

(١) انظر فى هذا الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى ج ١ ص ٤٩٧ — طبعة ٤٩٩ ١٩٥٢ وانظر له أيضاً مصادر الحق ج ٤ ص ١٠٦ .

(٢) ذلك أنه لايجوز البيع بالحصة من الثمن ابتداء لجهالة الثمن عند العقد ، ويجوز ذلك بقاء بحصته من الثمن وقد خالف فى ذلك زفر من الحنفية فهو يرى عدم جواز انتقاص العقد فى أية حالة لأن العقد قد وقع على المجموع ، والمجموع لايتجزأ (انظر فى بيان ذلك الزيلعى ج ٤ ص ٦٠ — ٦١) ، والمبسوط ج ١٣ ص ٣ — ٥ والبحر الرائق ج ٦ ص ٩٠ — ٩١) .

خاتمة القسم الأول

إلى هنا انتهينا من الكلام عن حقيقة العقد الموقوف ومحله وحكمه ، وكانت دراستنا دراسة مقارنة بين فقهى الشريعة الإسلامية والقانون المدنى وأحكام التقنين المدنى العراقى الذى أخذ بفكرة العقد الموقوف وأحلها محل فكرة العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلاناً نسبياً .

ولما كانت دراسة القواعد والمسائل النظرية ليست مقصودة لذاتها بل لتطبيقها واستخراج الأحكام على ضوئها حتى يؤتى البحث ثمرته المرجوة ، هذا فضلا عن أن نظرية العقد الموقوف مستقاة فى تأصيلها من التطبيقات بل هى وليدة هذه التطبيقات .

لذا رأينا إفراد قسم تطبيق أوضحنا فيه بعض التطبيقات على هذه النظرية .

وقد قسمنا هذا القسم إلى أبواب ثلاثة : تكلمنا فى الباب الأول عن التصرفات التى تصدر ممن ليست لهم ولاية التصرف كالفضولى وكالوكيل حين يتجاوز حدود الوكالة ، ثم بينا مدى ولاية المرتد فى التصرف وفرقنا بين الوقف فى تصرفاته والوقف فى تصرفات الفضولى ومن فى حكمه . وفى الباب الثانى تكلمنا عن تصرفات ناقص الأهلية كالصبى المميز ومن فى حكمه كالسفيه وذى الغفلة ، وكذا تصرف معيب الإرادة كالمكره ومن وقع فى غلط أو تدليس . وفى البـــاب الثالث تكلمنا عن التصرف فيما تعلق به حق الغير كتصرف الموصى الضار بالدائنين أو بالورثة ، وتصرف المدين المحجور عليه الضار بدائنيه ، ثم تكلمنا عن بيع العين المرهونة والمستأجرة ، وكذا تصرف الشريك فى الحصة الشائعة إذا كانت الشركة بالخلط والاختلاط . ثم أتينا بعد ذلك بخاتمة بينا فيها خلاصة ما انتهينا إليه وما نقترح تعديله من نصوص فى المجموعة المدنية المصرية الحالية على ضوء هذه الدراسة .

القسم الثاني

بعض التطبيقات على نظرية العقد الموقوف



Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الباب الأول

التصرف عن الغير دون ولاية

تمهيد :

الأصل فى التصرف عموماً أن يقع لمن قام به ، فالشخص يلتزم بإرادته أو بعمله المادى ، ولكنه لا يلزم غيره بهذه الإرادة أو هذا العمل وهذا ما تعنيه الآية الكريمة : « وأن ليس للإنسان إلا ما سعى »[1] . وقوله جل شأنه : « لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت »[2] . فالأصل فى التصرف الإنسانى النسبية بمعنى أن آثار التصرف تقتصر على شخص المتصرف ولا تتعداه إلى غيره .

وقد يسلم الشارع بفكرة أن للشخص أن يتصرف عن غيره مع وقف نفاذ هذا التصرف على إجازة صاحب الشأن أو من يملك الإجازة شرعاً متى دعت إلى ذلك ضرورة المحافظة على مصلحته ، ولم يترتب على ذلك ضرر بالغير المتصرف عنه .

وقد يباشر التصرف الشرعى الأصيل كما قد يباشره عنه الولى أو الوكيل والتصرف فى هذه الحالة يكون صادراً ممن له ولاية التصرف .

وقد يباشر التصرف من ليست له ولاية التصرف ودون إذن شرعى من صاحب الشأن وذلك كالفضولى والوكيل حين يتجاوز حدود الوكالة .

---

(١) سورة النجم : آية ٣٩ ج ٢٧ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٨٦ ج ٣ .

لهذا كان من المهم إبراز التفرقة بين الولاية والوكالة والرسالة والفضالة على النحو الآتى :

الولاية والوكالة والرسالة فى الشريعة

الولاية فى اللغة النصرة[١] .

وفى الاصطلاح تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى[٢] .

وهذا التعريف مردود عليه من وجهين :

الوجه الأول : أن التنفيذ هو الحكم المترتب على الولاية لا نفسها .

الوجه الثانى : التعريف بهذا الوضع قاصر فهو لا يتناول إلا ولاية الإجبار التى هى أحد نوعى الولاية .

وكل من عرف الولاية عرفها بالتعريف السابق ولعل ملحظهم فى ذلك أن ولاية الإجبار هى أكمل أنواع الولاية فلهذا عرفوا الولاية بأكمل أنواعها .

وخير تعريف للولاية هو : « الولاية قوة تثبت لمن ملكها حق التصرف فى النفس أو فى المال أو فيهما معاً »[٣] .

والولاية نوعان : عامة وخاصة . والخاصة أقوى ولهذا قالوا إن القاضى لا يزوج اليتيم واليتيمة إلا عند عدم وجود ولى لهما فى النكاح ولو كان

---

(١) جاء فى المصباح المنير ج ٢ ص ١٢٧ الطبعة السادسة الأميرية ١٩٢٥م : (الواو مع اللام وما يثلثهما) : « وليت الأمر إليه بكسرتين تولية والولاية بالفتح والكسر النصرة » .

(٢) عرفها الحموى فى حاشيته على الأشباه والنظائر ج ١ ص ١٩١ بأنها « نفاذ التصرف على الغير شاء أو أبى » .

(٣) رسالة الوكالة ص ١٠ للأستاذ محمد زكريا البرديسى .

ذا رحم محرم ، وظاهر كلام الفقهاء أن الولاية الخاصة مراتب[1] .

١ — ولاية عليا كولاية الأب والجد .

٢ — ولاية سفلى كولاية الوكيل .

٣ — ولاية بينهما كولاية الوصى .

فالأولى وصف ذاتى للأب والجد فلو عزلا أنفسهما لم ينعزلا .

والسفلى وصف غير ذاتى للوكيل فله وللموكل حق الفسخ .

كما أن الولاية العليا مستفادة من الشارع . أما الولاية السفلى فستفادة من الموكل باختياره وعلى هذا فالوكالة ولاية اختيارية خاصة إذ بها تثبت ولاية التصرف للوكيل باختيار الموكل فكل وكالة ولاية ولا عكس فالنسبة بينهما العموم والخصوص المطلق[2] .

ويمكن تعريف الوكالة فى اللغة : بأنها تفويض الأمر إلى الغير يقال وكلته توكيلا فتوكل ، أى قبل الوكالة وتوكل على الله اعتمد عليه[3] .

وفى الاصطلاح : التوكيل إقامة الإنسان غيره مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم ممن يملكه عجزاً أو ترفهاً[4] .

وبهذا تتميز الوكالة عن الرسالة[5] .

---

(١) جاء فى البدائع للكاسانى جـ ٥ ص ١٥٢ : « والولاية نوعان : نوع يثبت بتولية المالك ونوع يثبت شرعاً لا بتولية المالك أما الأول فهو ولاية الوكيل ... وأما الثانى فهو ولاية الأب والجد أب الأب والوصى والقاضى » .

(٢) انظر فى بيان هذا رسالة الوكالة لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ١٠ .

(٣) جاء فى المصباح المنير جـ ٢ ص ١٤٩ (الواو مع الكاف وما يثلثهما) : « وكلت الأمر إليه وكلا ووكولا من باب وعد فوضته إليه وا كتفيت به ... ووكلته توكيلا فتوكل قبل الوكالة وهى بفتح الواو والكسر لغة وتوكل على الله اعتمد عليه ووثق به » .

(٤) انظر فى بيان حقيقة الوكالة رسالة الوكالة المشار إليها ص ٧ وما بعدها .

(٥) جاء فى المصباح المنير جـ ١ ص ١٠٤ (الراء مع السين وما يثلثهما) : « أرسلت =

فالرسالة هى تبليغ شخص كلام آخر لغيره دون أن يكون له دخل فى التصرف .

وبالنظر إلى حقيقة الوكالة والرسالة فى الاصطلاح نجد أن النسبة بينهما التباين فليس الرسول وكيلا ولا الوكيل رسولا والفرق بينهما يتلخص فى أن الرسول يسند العقد إلى المرسل، والوكيل لا يسنده إلى الموكل إلا فى النكاح وأشباهه فإن الوكيل يعتبر سفيراً ومعبراً .

ثم إن صورة ما يصير به الوكيل وكيلا غير صورة ما يصير به الرسول رسولا فالصورة الأولى كن وكيلا عنى . وكلتك فى قبض المبيع ، وكلتك لتقبضه . والصورة الثانية كن رسولا عنى فى قبضه وأرسلتك لتقبضه أو قل لفلان أن يدفع المبيع إليك[1] .

هذه هى حقيقة الولاية والوكالة والرسالة فى الشريعة[2] وهى من التصرفات التى يكون المتصرف فيها مأذوناً له فى التصرف، وهى بهذا تختلف

= رسولا بعثته برسالة يؤديها .. وأرسلت الطائر من يدى إذا أطلقته وحديث مرسل لم يتصل إسناده بصاحبه وأرسلت الكلام إرسالا أطلقته من غير تقييد » .

(١) انظر فى بيان ذلك رسالة الوكالة ص ١١ .

(٢) وفى فقه القانون المدنى لايختلف مدلول كل من الولاية والوكالة والرسالة عما اصطلح عليه فقهاء الشريعة الإسلامية .

فالولاية بالمعنى العام هى صلاحية الشخص للقيام بالأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بغيره ولحساب ذلك الغير .

وأما الولاية بالمعنى الخاص فيقصد بها تلك التى تثبت بحكم القانون للأب وللجد الصحيح (المدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان مرقس ص ٦٠٩ فقرة ٣١٧ طبعة ١٩٦٧ م) .

وفى المدخل للعلوم القانونية ص٦١٠ بند ٣٩٧ طبعة ١٩٦٢ للدكتور عبد المنعم البدراوى : « الولاية سلطة مقررة للشخص تجعله قادراً على القيام بأعمال قانونية تنفذ فى حق الغير فتكسبه حقاً أو تحمله بالتزام » .

وأما الوكالة فقد عرفتها المادة ٦٩٩ من التقنين المدنى المصرى الحالى بقولها : « الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل » .

وأما الرسالة فهى التعبير عن إرادة المرسل لا عن إرادة الرسول نفسه وهذا بخلاف النائب والوكيل فكل منهما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل (الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى ج ١ ص ١٩١ هامش (١) طبعة ١٩٥٢ م) .

عن الفضالة فالفضولى وإن كان يتصرف لحساب غيره إلا أنه يقوم بهذا التصرف دون إذن من هذا الغير ودون أن تكون له ولاية على التصرف، ومن ثم فقد ذهب الرأى الغالب فى فقه الشريعة الإسلامية إلى القول بانعقاد تصرفه موقوفاً على إجازة صاحب الشأن أو من له الحق فى الإجازة شرعاً، حماية لصاحب الحق وحتى لا يخرج شىء من ملكه دون رضاه وقد سبق بيان حقيقة الفضالة وحكم تصرفات الفضولى سواء أكان التصرف بعوض أم كان تبرعاً أم كان من التصرفات الأخرى كالزواج ولهذا فإنا نحيل إلى ما سبق دراسته(١) .

ولما كان الوكيل حين يخالف الحدود المرسومة فى الوكالة يعتبر فى هذا القدر الذى خالف فيه هذه الحدود فضولياً، لهذا فإننا سنبين فى الفصل الأول من هذا الباب مدى ولايته فى التصرف . كما سنبين فى فصل آخر مدى ولاية المرتد فى التصرف فى أمواله أثناء ردته مبينين حكم تصرفاته من حيث النفاذ والوقف والبطلان .

(١) انظر فى هذا الباب الثانى من القسم الأول من هذه الرسالة .

الفصل الأول

مخالفة الوكيل حدود الوكالة

المبحث الأول

مخالفة الوكيل حدود الوكالة فى الشريعة

تمهيد :

إذ تعاقد الوكيل بالبيع والشراء مع الأجنبى فذلك مما لا خلاف فى جوازه وإلا انسد باب الوكالة وبالناس حاجة إليها ، إلا أنه إذا كانت الوكالة مقيدة وجب مراعاة القيد ولا تجوز المخالفة إلا إلى خير ، لأن الخلاف إلى خير وإن كان خلافاً فى الصورة إلا أنه وفاق فى المعنى ، والعبرة بالمعنى لا بالصورة .

وإذا خالف الوكيل المقيد الحدود المرسومة له فى الوكالة ، فقد تكون هذه المخالفة فى الشراء ، وقد تكون فى البيع ونوضح فيما يلى حقيقة كل منهما .

المطلب الأول

مخالفة الوكيل بالشراء

الوكيل المقيد بالشراء إذا خالف فقد تكون مخالفته فى الموكل فيه أو فى ثمنه وهذا ما نبينه فيما يلى :

الفرع الأول

مخالفة الوكيل المقيد بالشراء فى الموكل فيه

إذا خالف الوكيل المقيد بالشراء فى الشىء الموكل فيه فإما أن تكون فى جنسه أو فى قدره .

ونبين فيما يلي حقيقة كل منهما :

مخالفة الوكيل المقيد بالشراء في جنس الموكل فيه

إذا وكل إنسان آخر في شراء ثوب من الجوخ فعلى الوكيل أن يلتزم ما قيده به موكله ولا يخالفه فإن اشترى ثوب حرير كان مخالفاً

وقد انقسمت آراء الفقهاء في حكم هذه المخالفة ، فذهب الحنفية إلى أن الأصل في الوكيل بالشراء إذا خالف فإنه يكون مشترياً لنفسه بخلاف الوكيل بالبيع فإن تصرفه يتوقف على إجازة الموكل ، والفرق بينهما أن الوكيل بالشراء متهم إذ يملك الشراء لنفسه فأمكن تنفيذه عليه لأن العقد متى وجد نفاذاً على العاقد نفذ عليه .

ولكن تصرفات الوكيل بالشراء تتوقف إذا كانت الوكالة في شراء شيء بعينه فخالف واشترى نصفه لعدم إمكان التنفيذ عليه ، وهذا ما سنوضحه فيما يلي عند الكلام عن شراء بعض الموكل في شرائه . هذا إذا كان التوكيل بالشراء مقيداً . أما إذا كان مطلقاً فإنه يراعى فيه الإطلاق ما أمكن إلا إذا قام دليل التقييد من عرف أو غيره فيتقيد به ، ثم إن المشترى يلزم الوكيل عند الحنفية إن لم يكن صبياً أو عبداً محجوراً عليهما فيتوقف التصرف على إجازة الموكل لأنهما لا يملكان الشراء لأنفسهما فلا يمكن التنفيذ عليهما[١] .

وإذا خالف الوكيل بالشراء وكانت مخالفته في جنس الموكل فيه صح الشراء عند الحنفية[٢] ويوافقهم في ذلك المالكية[٣] وهو قول الحنابلة[٤] إن اشترى الوكيل في الذمة ثم نقد الثمن .

---

(١) انظر البدائع للكاساني ج ٦ ص ٣٠ . وانظر رسالة الوكالة لأستاذنا محمد زكريا البرديسي ص ١٤٣ وما بعدها .

(٢) البدائع ج ٦ ص ٣٠ .

(٣) انظر في فقه المالكية شرح الخرشي ج ٦ ص ٧٣ طبعة المطبعة الأزهرية ١٣٠٩ هـ .

(٤) انظر في فقه الحنابلة المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٥ طبعة ١٣٦٧ هـ .

وذهب الشافعية[١] إلى عدم صحة الشراء ، ويوافقهم فى ذلك الحنابلة فى الصحيح إن اشترى الوكيل بعين مال الموكل، وفى رواية يصح ويقف على إجازة الموكل[٢] .

ومن ثم فإنه يتلخص لنا أن هناك آراء ثلاثة :

١ — رأى يقول بصحة الشراء .

٢ — رأى يقول ببطلانه .

٣ — رأى يفصل .

دليل الرأى الأول

استدل أصحاب الرأى الأول بأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارة العاقد لكونه أهلا لا لكونه وكيلا إلا أن الموكل قد استنابه فى حق تحصيل الحكم فإذا فسدت هذه الاستنابة بالمخالفة كان العقد صحيحاً إذ لا تأثير لهذه المخالفة إلا فى تحصيل الحكم .

دليل الرأى الثانى

قالوا إن الوكيل عقد العقد للموكل مع أن الموكل لم يأذنه فيما عقد ، فصار الوكيل فضولياً فيما عقد فبطل عقد ، لأن عقد الفضولى باطل لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تبع ما ليس عندك » أى مالا تملك .

لكن يمكن أن يقال إن هذا الحديث خاص ببيع المعدوم فلا يصلح

---

(١) جاء فى نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٥ طبعة ١٣٠٤ هـ : « ومتى خالف الوكيل على غير الوجه المأذون فيه فى الشراء كأن أمره بشراء ثوب بهذا فاشترى بغيره أى بعينه من مال موكله أو بشراء فى الذمة فاشترى بالدين فتصرفه باطل لانتفاء إذن الموكل فيه » .

(٢) جاء فى المغنى والشرح الكبير ج ٥ ص ٢٤٩ طبعة ١٣٤٧ هـ : « إن اشترى الوكيل بعين المال فالصحيح أنه يبطل وفى رواية يصح ويقف على الإجازة » .

دليلا على بطلان عقد الفضولى وقد سبق مناقشة هذا الحديث(١) .

دليل الرأى الثالث

استدل هؤلاء المفصلون على صحة الشراء إن اشترى الوكيل فى الذمة ثم نقد الثمن بأن الوكيل اشترى بثمن فى ذمته وليس ملكا لغيره ، فلم يتصرف فى ملك غيره فصح كما لو لم ينوه لغيره .

كما استدلوا على البطلان إن اشترى الوكيل بعين مال الموكل بأن الوكيل عقد على مال من لم يأذن له فى العقد فلم يصح[٢] . كما أن عقد الوكيل على مال الموكل الذى لم يأذن فيه يعتبر تصرفاً فى ملك الغير فيكون باطلا لحديث « لاتبع ماليس عندك » الذى سلف بيانه .

ويرد على هذا الدليل بحديث عروة البارق فإنه اشترى للنبى صلى الله عليه وسلم شاة أخرى غير الشاة المأذون بها بعين مال النبى وقد أجازه صلى الله عليه وسلم وأقره فدل على أن مثل هذا التصرف يقع صحيحاً[٣] . وبذلك يسلم الرأى القائل بصحة الشراء وهو الراجح .

مخالفة الوكيل المقيد بالشراء فى قدر الموكل فيه

يجب على الوكيل المقيد بالشراء أن يلتزم ما قيده به الموكل من القدر بالنسبة للشىء الموكل فيه ، إلا أن تكون المخالفة إلى خير فإذا وكل إنسان آخر فى شراء شـــاة بدينار بين له نوعها وصفتها التزم الوكيل بما قيده به الموكل ، فإن خالف واشترى شاتين فى عقد واحد بدينار . فإن كانت كل واحدة منهما تساوى ديناراً لزمت الشاتان الموكل عند الحنابلة[٤] والشافعية

---

(١) انظر الباب الأول من القسم الأول من هذه الرسالة تحت عنوان : « أدلة القائلين بالبطلان » .

(٢) المغنى والشرح الكبير جـ ٥ ص ٢٤٩ طبعة ١٣٤٧ هـ .

(٣) انظر الباب الأول من القسم الأول تحت عنوان : « أدلة القائلين بالوقف » .

(٤) المغنى والشرح الكبير جـ ٥ ص ٢٤٩ .

فى المشهور[١] وعند أبى يوسف من الحنفية[٢] والمالكية[٣] .

وذهب أبو حنيفة ومحمد[٤] والشافعية فى غير المشهور[٥] إلى أنه يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار والأخرى للوكيل، ومن ثم فإنه يتلخص لنا أن هناك رأيين :

١ — رأى يقول بلزوم الشاتين للموكل .

٢ — ورأى يقول بلزوم الموكل شاة بنصف دينار .

وقد استدل أصحاب الرأى الأول بحديث عروة البارقى الذى سبق بيانه

---

(١) جاء فى نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٤ : « ولو قال اشتر بهذا الدينار شاة ووصفها بصفة بأن بين نوعها ... فاشترى شاتين بالصفة .. فإن لم تساو كل واحدة منهما ديناراً لم يصح الشراء للموكل ، وإن ساوته كل واحدة فالأظهر الصحة أى صحة الشراء وحصول الملك فيهما للموكل لخبر عروة البارقى فى بيع الفضولى ولأنه حصل غرضه وزاد خيراً . . وإن اشترى فى الذمة فللموكل واحدة بنصف دينار والأخرى للوكيل ويرد على الموكل نصف دينار وإن اشترى بعين الدينار فقد اشترى شاة بإذن وأخرى بغير إذن فيبطل فى واحدة ويصح فى أخرى عملا بتفريق الصفقة » .

(٢) انظر البدائع للكاسانى ج ٦ ص ٣٠ .

(٣) انظر الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٣٨٧ .

(٤) جاء فى البدائع للكاسانى ج ٦ ص ٣٠ : « الوكيل بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم إذا اشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع مثله عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يلزم العشرون بدرهم ، ولو اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم يلزم الموكل استحساناً . وجه قول أبى يوسف أن هذا اختلاف صورة لامعنى لأنه خلاف إلى خير وذا لايمنع النفاذ على الموكل كما إذا اشترى عشرة أرطال ونصف بدرهم فإنه يلزم الموكل كذا هذا . وجه قولهما أن الوكيل يتصرف بحكم الأمر فلا يتعدى تصرفه موضع الأمر وقد أمره بشراء عشرة أرطال فلا يلزمه الزيادة على ذلك بخلاف ما إذا اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم لأن الزيادة القليلة لاتتحقق زيادة لدخولها بين الوزنين » .

(٥) جاء فى فتح العزيز ج ١١ ص ٤٨ : « فإن اشترى بعين الدينار فقد اشترى واحدة بإذن وواحدة بغير إذن فيبطل فى واحدة ويصح فى أخرى عملا بتفريق الصفقة » . وانظر نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٤ .

إذ لا صحة لما فعل عروة إلا إذا كانت الشاتان منذ اشتراهما قد لزما الموكل وأصبحا ملكاً له ، ولأن المخالفة هنا إلى خير فتصح .

واستدل أصحاب الرأى الثانى بأن الوكيل يتصرف بحكم الأمر فلا يتعدى تصرفه موضع الأمر ، فقد أمره بشراء شاة فلا تلزمه الزيادة لأنه لم يرض إلا بالتزامه عهدة شاة واحدة .

ونوقش هذا المعقول بأنه منقوض بالبيع :

ألا ترى أن علياً لو أمر محمداً أن يبيع سيارته بمائة جنيه مصرى فباعها بمائتين وقع البيع صحيحاً ولزم علياً اتفاقاً لأن المخالفة إلى خير ، فهاهو الوكيل تعدى موضع الأمر ومع ذلك التزم الموكل تصرفه ومما سبق يتبين لك رجحان مذهب الجمهور لأن الزيادة من جنس الموكل فيه وهى نافعة غير ضارة بالموكل فيصح التصرف(١)

الفرع الثانى

مخالفة الوكيل المقيد بالشراء فى الثمن

إذا خالف الوكيل المقيد بالشراء فى الثمن فلا يخلو حال التقييد بالنسبة له إما أن يكون فى جنسه أو فى قدره أو فى صفته :

مخالفة الوكيل المقيد بالشراء فى جنس الثمن

إن كان القيد فى جنس الثمن كأن يوكل إنسان آخر فى شراء جارية بدراهم أو بدنانير فلا يجوز للوكيل والحالة هذه أن يشتريها بما سوى الدراهم والدنانير فإن اشتراها بعروض فإنه يكون مخالفاً ولا تلزم الجارية الموكل .

ولو قال محمد لعلى اشتر لى فرساً بمائة دينار فاشتراها بألف درهم قيمتها مائة دينار فالمشهور عند الحنفية(٢) أنها لا تلزم الموكل وتلزم الوكيل ، لأن

---

(١) انظر رسالة الوكالة للأستاذ البرديسى ص ١٤٧ .

(٢) انظر البدائع للكاسانى ج ٦ ص ٢٩ .

الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة ، فكان التقييد بأحدهما مقيداً فلا بد من مراعاة القيد . وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الفرس تلزم الموكل وكأنه اعتبرهما جنساً واحداً ، وبهـــذا قال الحنابلة[١] فتلزم عندهم الفرس للموكل .

مخالفة الوكيل المقيد بالشراء فى قدر الثمن

إن كان القيد فى قدر الثمن ، كأن يوكل إنسان آخر فى شراء ساعة مثلا بمائة درهم فإن خالف الوكيل فى القدر فإما أن تكون مخالفته إلى خير كأن يشترى الساعة بتسعين درهماً ، فإن الساعة تلزم الموكل لأن المخالفة إلى خير .

وإن خالف إلى شر بأن اشترى الساعة زائداً ثمنها على ما عينه الموكل ، فإما أن تكون الزيادة قليلة يتغابن الناس فى مثلها وفى هذه الحالة تلزم الموكل إذا كان الشراء من الأجنبي . وإن كانت الزيادة لا يتغابن الناس فى مثلها فإن العقد يبطل عند الشافعية[٢] .

وعند الحنفية[٣] يكون العقد صحيحاً ويلزم الوكيل المشترى ويصير مشترياً لنفسه .

ويقرر المالكية أن الوكيل بالشراء إذا اشترى بزيادة كثيرة عما سماه له فإن الموكل يخير بين القبول والرد فإذا لم يقبل الزيادة لزمت الوكيل[٤] .

وعند الحنابلة إذا اشترى الوكيل بأكثر من ثمن المثل ففيه روايتان :

---

(١) انظر المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ١٢٥ .

(٢) جاء فى الوجيز للغزالى ج١ ص ١٩٣ طبعة ١٣١٧ هـ : «إذا اشترى جارية بعشرين فقال ما أذنت إلا فى الشراء بعشرة وحلف فإن كان مااشتراه بعين مال الموكل وصدقه البائع فى أنه وكيل فالبيع باطل» . وانظر فى نفس المعنى منهج الطلاب لشيخ الإسلام زكريا الأنصارى ص ٧٢ طبعة ١٢٨٥ هـ .

(٣) البدائع للكاسانى ج ٦ ص ٢٩ .

(٤) جاء فى شرح الخرشى ج ٦ ص ٧٣ : « والوكيل على الشراء إذا خالف مخالفة توجب للموكل الخيار كأن زاد كثيراً فى اشترائه أو اشترى غير لائق أو نحو ذلك فإن الوكيل يلزمه ما اشتراه حيث لم يرضه موكله » .

الأولى : أن التصرف يقع صحيحاً لأنه مستند فى أصله إلى إذن صحيح فيلزم الموكل ويلتزم الوكيل بالزائد عن المسمى .

الثانية : أن التصرف يبطل لمخالفة صريح الإذن[١] .

مخالفة الوكيل المقيد بالشراء فى وصف الثمن

إن كان القيد فى وصف الثمن ، كأن يوكل إنسان آخر فى شراء سيارة بألف جنيه نسيئة فيشتريها بألف حالة فعند الحنفية[٢] يلزم المشترى الوكيل لأنه خالف قيد الموكل فإذا أجاز الموكل تصرف الوكيل لزم المشترى الموكل عند المالكية[٣] والحنابلة[٤] فى رواية وبطل عند الشافعية[٥] .

أما إذا وكل إنسان آخر فى شراء سيارة بألف جنيه حالة فخالف الوكيل واشتراها بألف نسيئة لزمت الموكل عند الحنفية[٦] والمالكية[٧] والشافعية[٨] فى رواية ، والقاضى من الحنابلة .

أما أغلب الحنابلة فإنهم ينظرون فى ذلك فإن كان الموكل فى الشراء نسيئة يتضرر ببقاء الثمن ، لم يجز التصرف المخالف فيه بالشراء[٩] .

---

(١) انظر القواعد لابن رجب ص ٤٢٠ ، والمغنى لابن قدامة ج ٥ ص ١٢٥ .

(٢) انظر البدائع للكاسانى ج ٦ ص ٢٩ ففيه : « إذا وكله فى شراء جارية بألف نسيئة فاشترى جارية بألف حالة لزم الوكيل لأنه خالف عقد الموكل » .

(٣) انظر شرح الخرشى ج ٦ ص ٧٣ ، ومواهب الجليل للحطاب ج ٥ ص ١٩٦ .

(٤) انظر المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ١٢٣ .

(٥) انظر نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٥ .

(٦) جاء فى البدائع للكاسانى ج ٦ ص ٢٩ : « ولو أمره أن يشترى بألف حالة فاشترى بألف نسيئة يلزم الموكل لأنه وإن خالف صورة فقد وافق معنى والعبرة للمعنى لا للصورة » .

(٧) انظر فى فقه المالكية الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٣٨٧ .

(٨) نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٥ .

(٩) جاء فى المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ١٢٣ : « وإن وكله فى الشراء بثمن نقد فاشتراه نسيئة بأكثر من ثمن النقد لم يقع للموكل وإن اشتراه نسيئة بثمنه نقداً أو بما عينه له يصح للموكل فى قول القاضى وعلى ماذكرناه ينظر فى ذلك فإن كان فيه ضرر نحو أن يستضر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يجز » .

ونحن إذا عرفنا أن التضرر ببقاء الثمن نادر ، والنادر لا ينفرد بحكم ، علمنا أن المخالفة إن كانت إلى خير لا تعتبر مخالفة لأنها مخالفة فى الصورة وليست مخالفة فى المعنى والعبرة بالمعنى لا بالصورة[١] .

ونبين فيما يلى حكم شراء بعض الموكل فى شرائه .

شراء بعض الموكل فى شرائه

إذا اشترى الوكيل بعض ماوكل فى شرائه ، فإن كان مما يضره التبعيض لا ينفذ الشراء ويقف على إجازة الموكل ، لأن التوكيل تناول جميعه ، وفى التبعيض إضرار بالموكل ولم يأذن فيه ، فإذا اشترى الوكيل الباقى قبل الخصومة نفذ الشراء على الموكل ولزمه المشترى عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد ، ولا ينفذ الشراء على الموكل عند زفر[٢] .

وقد قال أبو حنيفة وصاحباه ـ استدلالاً لرأيهم ـ إن شراء البعض قد يقع وسيلة للامتثال كأن يكون المبيع موروثاً فيشتريه الوكيل شقصاً شقصاً يأخذ من كل وارث حصته فإن اشترى الباقى قبل مخاصمة الموكل ، تبين أن شراءه للبعض كان وسيلة للامتثال فينفذ الشراء على الموكل[٣] .

---

(١) انظر فى هذا رسالة الوكالة لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ١٤٧ .

(٢) جاء فى البدائع للكاسانى ج ٦ ص ٣٠ : « الوكيل بشراء عبد بعينه إذا اشترى نصفه فالشراء موقوف إن اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة لأنه امتثل أمر الوكيل ، وعند زفر يلزم الوكيل ، ولو خاصم الموكل الوكيل إلى القاضى قبل أن يشترى الوكيل الباقى ، وألزم القاضى الوكيل ، ثم إن الوكيل اشترى الباقى بعد ذلك يلزم الوكيل إجماعاً لأنه خالف ، وكذلك يقال فى كل ما فى تبعيضه ضرر وفى تشقيصه عيب كالعبد والأمة والدابة والثوب وما أشبه ذلك » .

وانظر أيضاً تبيين الحقائق للزيلعى ج ٤ ص ٢٧٢ — ٢٧٣ . وفى الجامع الصغير ص ٨٣ : « وإن أمره بشراء دار فاشترى نصفها لم يجز ، وإن اشترى شقصاً شقصاً جاز » .

(٣) انظر البحر الرائق ج ٧ ص ١٨٥ — ١٨٦ .

أما الجمهور (١) فقالوا إن شراء البعض غير مأذون فيه ، ويلحق ضرراً بالموكل والضرر ممنوع .

ويناقش ما استدل به أبو حنيفة وصاحباه من أن شراء البعض فى الموروث يقع وسيلة للامتثال لأنه قد لا يتحقق الشراء إلا مجزءاً لتعدد المالكين ، بأن الأمر ليس كذلك فى غير المبيع المشترك إذ لا مانع من تحقق الشراء دفعة واحدة .

لذلك فلا غرابة إن شققنا بين الرأيين رأياً وسطاً بأن قلنا بما قاله أبو حنيفة وصاحباه فيما إذا كان المبيع مشتركا وقلنا بما قاله به الجمهور إذا كان المبيع غير مشترك .

أما إذا خاصم الموكل الوكيل عند القاضى قبل أن يشترى الوكيل الباقى فألزم القاضى الوكيل ، ثم اشترى الوكيل الباقى بعد ذلك فإنه لا يلزم الموكل .

وإن كان الموكل فى شرائه لا ضرر فى تبعيضه كأن يوكل رجل آخر فى شراء أردب من القمح فيشترى نصفه فإنه يلزم الموكل ، ولا يوقف نفاذه على شراء الباقى . ولو وكل شخص آخر فى شراء خمس سيارات فاشترى واحدة منها لزمت الموكل . لأن الإذن يتناول العقد عليها جملة واحدة والعرف يقتضى العقد على واحدة فلا ضرر فى الإفراد(٢) .

المطلب الثانى

مخالفة الوكيل البيع

إن كان التوكيل بالبيع مقيداً وجب على الوكيل مراعاة القيد ولا يجوز له

---

(١) انظر فى فقه الشافعية فتح العزيز مطبوع مع المجموع جـ ١١ ص ٧٠ ، وللحنابلة المغنى والشرح الكبير جـ ٥ ص ٢٥٠ — ٢٥١ ، وللمالكية شرح الخرشى جـ ٦ ص ٨٧ .

(٢) انظر رسالة الوكالة لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ١٦٣ .

مخالفته إلا إن كانت المخالفة إلى خير ، لأن المخالفة إلى خير خلاف فى الصورة وفاق فى المعنى .

فإن كان القيد فى جنس المبيع الموكل فيه ، كأن يقول إنسان لآخر بع لى ثوب الحرير ، أو فى جنس ثمن المبيع الموكل فيه ، كما إذا قال بعه بدراهم ، أو فى قدر ثمن المبيع الموكل فيه ، كبعه لى بمائة درهم . فيجب على الوكيل أن يراعى القيد فى هذه الأحوال الثلاثة ، فإن خالف بأن باع ثوب الموكل الجوخ أو باع بمكيل أو بتسعين درهماً انعقد البيع موقوفاً عند الحنفية(١) ، والمالكية(٢) ، وبطل البيع عند الشافعية(٣) والظاهرية(٤) وكذا عند الحنابلة(٥) فى إحدى الروايتين فى المذهب .

ونبين رأى الأئمة بشىء من التفصيل فى هذا الموضوع .

ذهب الحنفية إلى أن الوكيل المقيد بالبيع إذا خالف فإن تصرفه يتوقف على إجازة الموكل(٦) .

وإذا خالف الوكيل إلى خير نفذ على الموكل . وقال زفر لا ينفذ لأنه مخالفة حقيقة ، وعند أبى حنيفة وصاحبيه عدم النفاذ معلل بفوات الأمر ،

---

(١) انظر فى فقه الحنفية البدائع للكاسانى ج ٦ ص ٢٩ وما بعدها والفتاوى الهندية ج ٣ ص ٥٩٢ .

(٢) انظر فى هذا شرح الخرشى ج ٦ ص ٨٧ . ومواهب الجليل للحطاب ج ٥ ص ٢٠٥ — ٢٠٦ .

(٣) انظر فى هذا المهذب للشيرازى ج ١ ص ٣٥٢/٣٥٣ طبعة ١٢٧٦هـ .

(٤) انظر المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٤٥/٢٤٦ .

(٥) انظر فى فقه الحنابلة المغنى والشرح الكبير ج٥ ص ٢٥٥ — ٢٥٦ طبعه ١٣٤٧هـ . وانظر رسالة الوكالة لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ١٥١ وما بعدها .

(٦) انظر فى هذا البدائع للكاسانى ج ٦ ص ٢٩ .

فإذا أتى الوكيل بجنس ما أمر به وكان خيراً منه كان أشد رضا به ، ولم يوجد ما يقتضي وقف نفاذه .

فإذا أمر الموكل الوكيل بالبيع فاسداً فباع بيعاً صحيحاً كان البيع موقوفاً على الإجازة، كأن يوكله ببيع داره بيعاً فاسداً فيبيعها بيعاً صحيحاً، وقال محمد لا ينفذ عليه بل يتوقف على إجازة الموكل فإن أجازه جاز ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ينفذ على الوكيل وهو القياس لأنه أتى بغير ما أمر به لأنه في المثال المذكور قد أمره أن يبيع الدار بيعاً لا يزول به ملكه عنها ، لأن البيع الفاسد نفسه لا ينتقل الملك به بدون القبض والبيع الصحيح ينتقل به الملك فلم ينفذ البيع لمكان المخالفة ، وقد باعه بيعاً انقطع به الحق فكان مخالفاً ، ولهما وهو الاستحسان أن الوكيل قد خالف إلى خير فينفذ لأنه أمره ببيع حرام وقد باعه بيعاً حلالا ، وعدم نقل الملك بنفس البيع ممنوع فإنه لو سلم إليه المبيع ثم باعه زال الملك والتفاوت بالنسبة إلى الشرع وحق الشرع في الصحيح لا في الفاسد[1] .

وبرأي الحنفية أخذ المالكية فذهبوا إلى اعتبار تصرف الوكيل المقيد بالبيع المخالف فيه موقوفاً على إجازة الموكل . فقد جاء في شرح الخرشي : « الوكيل على بيع إذا خالف ما أمره به الموكل أو ما قضت العادة به فإن موكله يخير في إجازة البيع والرد »[2] .

---

(١) انظر البدائع في الموضع المتقدم، وشرح ابن الساعاتي على مجمع البحرين وملتقى النيرين مخطوط رقم ٤٨٣ بدار الكتب المصرية .. وهو مظفر الدين أحمد بن علي بن ثعلب المعروف بابن الساعاتي البعلبكي أصلا البغدادي منشأ ولد سنة ٦٩٤ هـ) . وانظر في نفس المعنى كنز الدقائق للنسفي مخطوط رقم ٣٨٤ بدار الكتب المصرية فصل الوكيل بالبيع والشراء .

(٢) انظر في هذا شرح الخرشي ج ٦ ص ٨٧ .

وجاء في مواهب الجليل للحطاب ج ٥ ص ٢٠٥ — ٢٠٦ الطبعة الأولى ١٣٢٩ هـ « الوكيل إذا باع السلعة التي وكل على بيعها بطعام أو عرض أو نحوه وكانت السلعة مما لا تباع بذلك ... إن كانت السلعة قائمة خير الموكل في إجازة البيع وأخذ ما بيعت به أو نقض البيع وأخذ سلعته وإن فاتت خير في أخذ مابيعت به أو تضمين الوكيل قيمتها » .

وعند الحنابلة إذا تصرف الوكيل المقيد بالبيع فى مال الموكل على وجه تحصل فيه مخالفة الإذن تفصيل نبينه فيما يلى :

أولا : أن تحصل المخالفة على وجه يرضى به الآذن عادة بأن يكون التصرف الواقع أولى بالرضا به من المأذون فيه، فالصحيح أنه يصح اعتباراً فيه بالإذن العرفى ومن ذلك ما إذا قال له بعه بمائة درهم فباعه بمائة وعشرين، فإنه يصح لأن المخالفة إلى خير .

ثانياً : أن يقع التصرف مخالفاً للإذن على وجه لا يرضى به الآذن عادة مثل مخالفة الوكيل فى صفة العقد دون أصله كأن يبيع الوكيل بدون ثمن المثل أو يشترى بأكثر منه فهناك رأيان فى المذهب :

الأول : أن التصرف يقع صحيحاً لأن أصله هنا مستند إلى إذن صحيح ، وإنما وقعت المخالفة فى بعض أوصافه فيصح العقد بأصل الإذن ويضمن المخالف لمخالفته فى صفته ، وعلى هذا فلا فرق بين أن يبيع الوكيل بدون ثمن المثل أو يشترى بأكثر منه .

الثانى : أن التصرف يبطل لمخالفته لصريح الإذن بخلاف ما إذا لم يسمه لأنه فى الواقع إنما خالف دلالة العرف[1] .

وفى المغنى لابن قدامة : « إن اشترى (الوكيل) بعين المال مثل أن يقول بعنى الجارية بهذه الدنانير أو باع مال غيره بغير إذنه فالصحيح من المذهب أن البيع باطل ، وفى رواية أخرى أنه صحيح ويقف على إجازة المالك فإن لم يجزه بطل »[2] .

وعند الشافعية لا يملك الوكيل المقيد بالبيع من التصرف إلا ما يقتضيه

---

(١) انظر فى هذا القواعد لابن رجب ص ٤٢٠ .

(٢) انظر فى هذا المغنى والشرح الكبير ج ٥ ص ٢٤٩ الطبعة الأولى ١٣٤٧ هـ .

إذن الموكل من جهة النطق أو من جهة العرف لأن تصرفه بالإذن ، فلا يملك إلا مايقتضيه الإذن،والإذن يعرف بالنطق وبالعرف ، فإن تناول الإذن تصرفين وفى أحدهما إضرار بالموكل لم يجز ما فيه إضرار لقوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار »[١] .

وتطبيقاً لذلك قالوا إذا وكل الموكل الوكيل فى أن يبيع من رجل لم يجز أن يبيع من غيره لأنه قد يؤثر تمليكه دون غيره فلا يكون الإذن فى البيع منه إذناً فى البيع من غيره ، وإن قال له خذ مالى من فلان فمات فلان لم يجز أن يأخذ من ورثته ، وإذا وكله فى بيع فاسد لم يملك الفاسد لأن الشرع لم يأذن فيه ولا يملك الصحيح لأن الموكل لم يأذن فيه .

ولا يجوز للوكيل فى البيع أن يبيع بثمن مؤجل من غير إذن ، لأن الأصل فى البيع النقد ، وإنما يدخل التأجيل لكساد أو فساد ، فإذا أطلق حمل على الأصل فإن أذن له فى بيع مؤجل وقدر الأجل لم يبع إلى أجل أكثر منه[٢] .

ويتفق مع الشافعية فى هذا الظاهرية فقد جاء فى المحلى لابن حزم[٣] :

« لا يجوز للوكيل تعدى ما أمره به الموكل ، فإن فعل لم ينفذ فعله فإن فات ضمن لقوله تعالى : « ولا تعتدوا إنه لا يحب المعتدين » . وقوله جل شأنه : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » . فمن أمره موكله بأن يبتاع له شيئاً بثمن مسمى أو يبيع له بثمن مسمى فباعه أو ابتاعه بأكثر أو بأقل ، فما زاد لم يلزم الموكل ، ولم يكن البيع له أصلا ، ولم ينفذ البيع لأنه لم يؤمر بذلك ، فإن ابتاع له بما يساوى أو باع بذلك لزم وإلا فهو مردود ، وكذلك من ابتاع لآخر أو باع له بغير أن يأمره لم يلزم فى البيع

---

(١) انظر فى تخريج هذا الحديث السنن الكبرى للبيهقى جـ ٦ ص ٦٩ الطبعة الأولى ١٣٥٢ هـ « باب لاضرر ولاضرار » .

(٢) انظر فى هذا المهذب للشيرازى جـ ١ ص ٣٥٢ — ٣٥٣ .

(٣) انظر المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٢٤٥ — ٢٤٦ .

أصلا ولا جاز للآخر إمضاؤه لأنه إمضاء باطل لايجوز وكان الشراء لازماً للوكيل ، وما عدا هذا فقول بلا برهان وحكم بالباطل » .

ونحن نخلص إلى أن هناك رأيين فى حكم تصرفات الوكيل المخالف بالبيع إذا كان التوكيل مقيداً :

١ — قول بالوقف وإلى هذا وجنح الحنفية والمالكية وفى إحدى الروايتين عند الحنابلة .

٢ — قول بالبطلان وإلى هذا جنح الشافعية والظاهرية وكذا الحنابلة فى الرواية الأخرى عندهم .

دليل القائلين بالوقف

الوكيل المخالف كالفضولى فى التصرف الذى خالف فيه إذ بمخالفته لم يكن هذا التصرف مستفاداً من الموكل فكان الوكيل فضولياً ، وعقد الفضولى موقوف لحديث عروة فقد باع إحدى الشاتين اللتين اشتراهما للنبى صلى الله عليه وسلم بدون إذنه وأجاز النبى ذلك ودعا له بالبركة فى بيعه .

وقد سبق مناقشة هذا الحديث[1] .

دليل القائلين بالبطلان

الوكيل المخالف حقيقة كالفضولى لأنه عقد عقداً لم يأذن موكله فيه والفضولى بيعه باطل فكذلك الوكيل المخالف . وهذا القياس مردود لأن حكم الأصل غير متفق عليه ، وشرط القياس الأصولى أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه وإذا فات الشرط فات المشروط فيبطل القياس .

---

(١) انظر فى هذا الباب الأول من القسم الأول من هذه الرسالة تحت عنوان : « أدلة القائلين بالوقف » .

وإنما بطل بيع الفضولى لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تبع ما ليس عندك » على أن لنا أن نقول إن هذا الحديث خاص ببيع المعدوم فمعنى لا تبع ما ليس عندك أى لا تبع المعدوم فلم يكن معناه لا تبع مالا ولاية لك عليه فيخرج الحديث عن محل النزاع وقد سبق بيان ذلك[1] .

ومن تأمل فى دليل القائلين بالوقف ودليل القائلين بالبطلان وما ورد عليهما من مناقشات لا يسعه إلا ترجيح الرأى القائل بانعقاد البيع موقوفاً .

ونبين فيما يلى حكم بيع بعض الموكل فى بيعه .

بيع بعض الموكل فى بيعه

قد يأمر الموكل الوكيل ببيع الشىء الموكل فيه جملة وقد لا يأمره بذلك .

فإن كان الأول : فلا يجوز للوكيل أن يبيعه متفرقاً .

وإن كان الثانى : فإما أن يكون فى التبعيض ضرر أم لا ؟ فإن لم يكن فى التبعيض ضرر فللوكيل أن يبيعه متفرقاً . وإن كان فى التبعيض ضرر فإما أن يكون التوكيل مقيداً بالثمن أو مطلقاً .

فإن كان الأول وباع الوكيل نصف المبيع أو جزءاً معلوماً منه بجميع الثمن المعين جاز البيع عند أبى حنيفة وأحمد والشافعى لأن من رضى بالثمن المعين ثمناً للكل رضى به ثمناً للبعض إذ حصل المقصود له وزيادة تنفعه ولا تضره، وذلك شىء مأذون فيه من جهة العرف كما لو وكله فى بيع منزل فباعه بمثلى ثمنه . وإن باع نصف المبيع أو جزءاً معلوماً منه بأقل من الثمن المعين لم يجز البيع .

وإن كان الثانى وباع الوكيل جزءاً معلوماً من المبيع أو نصفه بثمن الكل جاز البيع كما فى الحالة الأولى ، وإن باع نصف المبيع أو جزءاً معلوماً منه بأقل

---

(١) انظر الباب الأول من القسم الأول من هذه الرسالة تحت عنوان « أدلة القائلين بالبطلان » .

من ثمن الكل جاز البيع عند أبى حنيفة ولايجوز عند أحمد[١] والشافعى[٢] ووقف البيع عند أبى يوسف ومحمد[٣] فإن اشترى الباقى قبل الخصومة صح البيع وإلا بطل .

ومن ثم يتلخص لنا أن فى بيع بعض ما يضره التبعيض أقوالا ثلاثة :

١ — قول بصحة البيع .

٢ — قول بوقفه .

٣ — قول ببطلانه .

أدلة الرأى الأول

١ — التوكيل المطلق يجرى على إطلاقه ، فللوكيل أن يبيع بما شاء مطلقاً مجتمعاً أو متفرقاً كما لو وكله ببيع المكيل والموزون[٤] .

ويناقش هذا من وجهين :

الوجه الأول : قياس ما نحن بصدده على المكيل والموزون قياس مع الفارق فما نحن بصدده يضره التبعيض وتنقص قيمته به .

الوجه الثانى : من المسلم به أن المطلق يجرى على إطلاقه ولكن هذا إذا

---

(١) انظر المغنى والشرح الكبير جـ ٥ ص ٢٥٧ .

(٢) انظر المهذب للشيرازى جـ ١ ص ٣٥٢ .

(٣) البحر الرائق لابن نجيم جـ ٧ ص ١٨٥ .

(٤) انظر فى هذا تبيين الحقائق للزيلعى جـ٤ ص٢٧٢ ، وجاء فى كتاب الجامع الصغير لمحمد ابن الحسن الشيبانى المطبوع بهامش كتاب الخراج لأبى يوسف الطبعة الأولى ١٣٠٣ هـ ص ٨٣ : « رجل أمر رجلا يبيع داره فباع نصفها فهو جائز . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يجوز حتى يبيع النصف الآخر » .

لم يوجد دليل التقييد وقد وجد إذ بيع بعض المبيع الذى يضره التبعيض غير متعارف لما يترتب عليه من ضرر الشركة ونقصان قيمة المبيع .

٢ — لو باع الوكيل الكل بأقل من ثمن الكل جاز عند أبى حنيفة ، فبيع نصفه بهذا القدر أولى بالجواز، لأن إمساك البعض مع بيع البعض بمقدار من الثمن أنفع للآمر من بيع الكل بذلك الثمن .

ونوقش هذا الدليل بأنه إنما يجوز بيع الكل بثمن النصف لأنه لم يتضمن عيب الشركة . أما بيع النصف فيتضمن عيب الشركة فكأن هذا مخالفة من الوكيل إلى شر وبمقتضى هذا لا ينفذ بيعه .

وأجيب عن هذه المناقشة بأن ضرر الشركة أهون وأقل من ضرر البيع بغبن فاحش، فإذا جاز عنده ما هو أكثر ضرراً وهو البيع بالغبن الفاحش فلأن يجوز ما هو أقل ضرراً وهو ضرر الشركة أولى[1] .

أقول — وعلى تسليم ذلك فالدليل لا يصلح لإلزام الخصم لأن الخصم لا يقول بجواز بيع الكل بأقل من ثمن الكل قلة لا يتغابن فيها عادة .

أدلة الرأى الثانى :

١ — بيع بعض ما يضره التبعيض يتضرر به الموكل لما فيه من ضرر الشركة وهو غير متعارف ،وأمر الموكل الوكيل بالبيع لا يتضمن الرضاء بتعييب ملكه فلا يجوز البيع إلا أن يبيع الباقى قبل أن يختصما ، لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه مطلقاً ، فإذا باع الباقى تبين أن البيع الأول وقع وسيلة[2] .

---

(١) انظر البحر الرائق جـ ٧ ص ١٨٥ ورسالة الوكالة ص ١٦٥ .

(٢) انظر تكملة فتح القدير جـ ٦ ص ٨١ . وانظر أيضاً تحفة الفقهاء للسمرقندى مخطوط رقم ٩١ بدار الكتب المصرية ص ٢٣٤ ، وانظر البدائع جـ ٦ ص ٣٠ .

٢ — الوكيل ببيع ما يضره التبعيض كالوكيل بشرائه ، وبما أن الوكيل بشرائه إذا اشترى بعضه كان الشراء موقوفاً[١] حتى يشترى الباقى قبل الخصومة فالوكيل بالبيع كذلك .

ونوقش هذا القياس من جهة أبي حنيفة بالفرق بين البيع والشراء من وجهين :

الوجه الأول : أن التهمة متحققة فى الشراء لجواز أنه اشتراه لنفسه ، ثم لما تبين أنه مغبون فيه ألحقه بالموكل .

الوجه الثانى : أن أمر الآمر بالبيع فى صورة التوكيل بالبيع يصادف ملكه فيصح الأمر لولاية الآمر على ملكه ، ويعتبر إطلاقه والأمر بالشراء يصادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح الأمر مقصوداً لأنه لا ملك للآمر فى مال الغير ، وإنما صح ضرورة الحاجة إليه ولا عموم لما ثبت ضرورة ، فلم يعتبر إطلاقه ، فلم يجز شراء البعض لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها ، وذلك يتأدى بالمتعارف وهو شراء الكل لا البعض ، لأن الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض إلا إذا اشترى الباقى قبل أن يختصما ، فيجوز على الآمر لأنه حصل مقصوده[٢] .

ويمكن القول بأن اعتبار إطلاق الأمر فى صورة التوكيل بالبيع يصح إذا لم يكن هناك عرف يقيد المطلق . أما وقد وجد فلا عبرة بالإطلاق فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً وحينئذ فالتوكيل المطلق بالبيع يتقيد بالعرف كالتوكيل المطلق بالشراء .

---

(١) انظر البدائع للكاسانى ج ٦ ص ٣٠ .

(٢) انظر تكملة فتح القدير ج ٦ ص ٨١ ورسالة الوكالة للأستاذ البرديسى ص ١٦٦ .

دليل الرأى الثالث :

الموكل يتضرر ببيع ما يضره التبعيض ولم يوجد الإذن ببيع البعض نطقاً ولا عرفاً فلم يجز البيع، كما لو وكله فى شراء عبد فاشترى نصفه[١] .

ويرد على ذلك بأن عدم جواز شراء نصف العبد الموكل بشرائه إنما هو مذهب المستدل فلا يلزم بهذا القياس علماء الحنفية الثلاثة إذ هم يقولون إن اشترى الباقى قبل الخصومة صح البيع، فالشراء موقوف عندهم . وبذلك تعلم أن هذا القياس وإن صلح مدعماً لمذهب المستدل لا يصلح أن يلزم به الخصم[٢] .

وصفوة القول فى هذا البحث أن الناظر فى الأدلة وما أثير حولها من مناقشات وأجوبة لا يسعه إلا أن يختار مذهب القائلين بوقف البيع لسلامة أدلته وقوتها .

المبحث الثانى

مخالفة الوكيل حدود الوكالة فى القانون

نصت المادة ٧٠٣ من التقنين المدنى المصرى الحالى على ما يأتى :

١ — الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة .

٢ — على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف ، وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة .

---

(١) انظر المغنى والشرح الكبير جـ ٥ ص ٢٥٧ .

(٢) رسالة الوكالة ص ١٦٧ .

ومقتضى هذا النص أنه يجب على الوكيل أن ينفذ الوكالة فى حدودها المرسومة دون أن يجاوز حدودها .

على أن له أن يخرج عن هذه الحدود فى حالتين :

الحالة الأولى :

أن تكون الظروف بحيث يفترض معها أن الموكل كان موافقاً على هذا التصرف وذلك كما إذا كان قد وكل فى بيع قدر معين من الأرض فتهيأت له صفقة رابحة فباع قدراً أكبر أو وكل فى الإقراض بتأمين هو كفالة شخصية فأقرض بتأمين هو رهن رسمى . وإذا حدث نزاع بين الوكيل والموكل كان الأمر محلا لتقدير القاضى . وفى هذه الحالة يجب على الوكيل المبادرة بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة .

الحالة الثانية :

أن يستحيل على الوكيل إخطار الموكل مقدماً بتصرفه وهذا متروك تقديره للقاضى .

فإذا توافر هذان الشرطان فإن عمل الوكيل الذى تجاوز فيه حدود الوكالة ينفذ فى حق الموكل ، وكان للغير الذى تعامل مع الوكيل أن يتمسك على الموكل بالعمل الذى أتاه الوكيل سواء أكان هذا الغير يعلم أو لا يعلم بمجاوزة الوكيل لحدود الوكالة .

وليس معنى التزام الوكيل الحدود المرسومة للوكالة أنه لا يستطيع التعاقد بشروط أفضل ، فلو وكله فى بيع منزل معين نسيئة فباع معجلا أو لأجل أقرب أو بكفالة شخصين مليئين بدلا من شخص واحد اصح ذلك

وعاد نفعه على الموكل[1] .

وهذا يتفق وماذهب إليه جمهور الفقهاء من أن مخالفة الوكيل إذا كانت إلى خير فإنها تنفذ على الموكل كما رأينا .

ويمكن القول بأن الوكيل فى القدر الذى تجاوز فيه حدود الوكالة يعتبر فضولياً فإذا أقر الأصيل العمل المتجاوز فيه ، فإنه يصح ويصبح كأنه قد تم فى حدودها[2] ، ويتقيد به الأصيل والغير من وقت التعاقد لا من وقت الإقرار[3] .

ونحن نلاحظ أن تصرف الوكيل فى هذا القدر الذى تجاوز فيه حدود الوكالة لا يمكن اعتباره قابلا للإبطال إذ لم يرد نص فى هذا المعنى كما ورد فى بيع ملك الغير ، وحينئذ فإنه يكون من الأولى اعتباره تصرفاً موقوفاً

---

(١) انظر الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى ج ٧ ص ٤٥٢ طبعة ١٩٦٤م. وقد نصت المادة ٧٨٠ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على هذا الحكم فقالت : « إذا تمكن الوكيل من القيام بالعمل الموكول إليه على شروط أكثر فائدة وجدوى من الشروط المعينة فى الوكالة فإن الفرق يعود إلى الموكل » . بل إنه يذهب إلى أبعد من ذلك فيجيز تعاقد الوكيل بشروط أقل إذا كان الفرق قليل الشأن أو كان مما يتسامح فيه (م ٨٠٦) .

(٢) انظر فى هذا مصادر الحق للأستاذ الدكتور السنهورى ج ٥ ص ٢٠٩ — ٢١٠ وانظر له أيضاً نظرية الالتزامات ص ٥٧ طبعة ١٩٣٨ م .
وانظر له كذلك الوسيط ج ٧ ص ٢٠٦ — ٢٠٧ طبعة ١٩٦٤ . وقد جاء فى حكم لمحكمة النقض بجلسة ١٩٥٠/٤/٦ مجموعة أحكام النقض س ١ رقم ١٠١ ص ٤٠١ : « الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة ويجب لإقرار مايباشره خارجاً عن هذه الحدود أن يكون المقر عالماً بأن التصرف الذى يقره خارج عن الوكالة ، وأنه قد أقره قاصداً إضافة أثره إلى نفسه» . وقضت بأن خروج الوكيل عن حدود الوكالة فى تعاقد سابق لايلزم فيه اعتبار تصرف آخر لاحق حاصل من الوكيل للطاعنين نافذاً فى حق الموكل مادام أن هذا التصرف كان صادراً من وكيل خارج حدود الوكالة إذ هو لاينفذ إلا بإجازة ذات التصرف » (١٩٦٠/٥/١٢ نقض مدنى — ١١ — ٣٩١) .

(٣) الوسيط ج ١ ص ١٩٨ طبعة ١٩٥٢ للأستاذ الدكتور السنهورى ، وانظر له أيضاً نظرية العقد ص ٢١٦ .

على غرار التصرف الموقوف فى الفقه الإسلامى[1] إذ لا مانع هنا من القول بالوقف ، لعدم وجود نص كما ذكرنا يحسم حكم تصرف الوكيل إذا تجاوز حدود الوكالة وذلك وفقاً لما قضت به المادة الأولى فقرة ثانية من التقنين المدنى المصرى الحالى والتى تقضى بالرجوع إلى مبادىء الشريعة الإسلامية حيث لا يوجد نص .

(١) انظر فى تأييد هذا الرأى النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام للدكتور إسماعيل غانم ص ١٦٥ طبعة ١٩٦٦ م) .

الفصل الثانى

مدى ولاية المرتد فى التصرف

الردة فى اللغة اسم من الارتداد والارتداد الرجوع ومنه المرتد ، وارتد الشخص رد نفسه إلى الكفر[1] .

وفى الاصطلاح عرفها الخرشى من فقهاء المالكية بقوله : « الردة كفر المسلم أى المتقرر إسلامه ولا يتقرر الإسلام إلا بالنطق بالشهادتين والتزام أحكامهما »[2] .

وحكم الردة هو إباحة دم المرتد إذا كان رجلا حراً كان أو عبداً لسقوط عصمته بالردة لقوله عليه الصلاة والسلام : « من بدّل دينه فاقتلوه »[3] . وعرض الإسلام عليه مروى عن عمر رضى الله عنه لأن الدعوة بلغته غير أنه يحتمل أنه قد اعتراه شبهة فيعرض عليه ويعود للإسلام لأن عوده مرجو[4] .

أما إذا ارتدت المرأة فلا يباح دمها ولا تقتل عند الحنفية ولكنها تجبر على الإسلام بالحبس[5] وبالتالى فلا يزول ملكها عن أموالها وتكون

---

(١) جاء فى المصباح المنير ج ١ ص ٣٠٦ الطبعة السادسة ١٩٢٥ الأمير (الراء مع الدال وما يثلثهما) : « ارتد الشخص رد نفسه إلى الكفر والاسم الردة » .

(٢) انظر فى فقه المالكية شرح الخرشى ج ٨ ص ٨٢ .

(٣) انظر السنن الكبرى للبيهقى ج ٨ ص ١٩٥ وفتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ٢ ص ٢٢٨ .

(٤) انظر فى بيان حقيقة الردة تبيين الحقائق للزيلعى ج ٣ ص ٢٨٤ والبدائع للكاسانى ج ٧ ص ١٣٤ .

(٥) البدائع للكاسانى ج ٧ ص ١٣٥ . وانظر أيضا كتاب الإسلام والأسرة والمجتمع ص ١٥٩ طبعة ١٩٦٨ للأستاذ محمد سلام مدكور .

تصرفاتها جائزة نافذة[1] .

ونبين فيما يلي حكم تصرفات المرتد وهل هي صحيحة نافذة أم باطلة أم موقوفة ؟

يجب أن نلاحظ بادىء ذى بدء أن من قالوا بوقف تصرفاته لم يقصدوا به الوقف على الإجازة كما فى حالة تصرف الفضولى ومن فى حكمه بل على عودته إلى الإسلام ، فإن أسلم نفذت تصرفاته وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب[2] بطلت . وبهذا يتميز الوقف فى تصرفات المرتد عنه فى سائر التصرفات الموقوفة الأخرى .

حكم تصرفات المرتد

ذهب الحنفية[3] إلى أن تصرفات المرتد تنقسم إلى أقسام أربعة :

نافذة وباطلة وموقوفة ومختلف فى توقفها .

واعتبروا من تصرفاته النافذة بالاتفاق الطلاق وقبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون وذلك لأن هذه التصرفات تستدعى الولاية ولا تعتمد حقيقة الملك ، ولذلك فقد صحت مع العبد مع قصور ولايته .

واعتبروا من تصرفاته الباطلة بالاتفاق النكاح والذبيحة والإرث لأنها تصرفات تعتمد الملة والمرتد لا ملة له .

واعتبروا من تصرفاته الموقوفة بالاتفاق التصرف على ولده الصغير ومال ولده لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم .

وأما التصرفات المختلف فى توقفها فهى كالبيع والشراء والإجارة ونوضح فيما يلى رأى الفقهاء فيها .

---

(١) البدائع للكاسانى ج ٧ ص ١٣٧ .

(٢) دار الحرب هى الدار التى لاتجرى فيها أحكام الإسلام ولا يأمن من فيها بأمان المسلمين ، أو هى الدار التى لاسلطان للاسلام عليها ولانفوذ لأحكامه فيها بقوة الإسلام ومنعته . وأما دار الإسلام فهى التى تجرى عليها أحكام الإسلام ويأمن من فيها بأمان المسلمين سواء أكانوا مسلمين أو ذميين (انظر فى هذا رسالة فى أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الإسلام للدكتور عبد الكريم زيدان ص ١٨ — ٢٠) .

(٣) انظر فى هذا والمختار لابن عابدين ج ٣ ص ٣١٠ — ٣١١ .

تصرفات المرتد المختلف فى حكمها

ذهب الإمام أبو حنيفة [١] إلى أن تصرفات المرتد المختلف فى حكمها كالبيع والشراء والإجارة والهبة والرهن تكون موقوفة ، فإن أسلم نفذت ، وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت ، فالإمام يرى أن زوال ملك المرتد عن ماله يعتبر زوالا موقوفاً ، فإن أسلم عاد ملكه إليه ، وإن مات أو قتل على ردته ورث كسب إسلامه وارثه المسلم بعد قضاء دين إسلامه وما اكتسبه فى حال ردته يعتبر فيئاً [٢] بعد قضاء دين ردته .

ويتفق مع الإمام أبى حنيفة الحنابلة[٣] فى إحدى الروايتين عندهم ، وكذا المالكية [٤] وفى قول عند الشافعية [٥] .

---

(١) انظر فى فقه الحنفية تبيين الحقائق للزيلعى ج ٣ ص ٢٨٧ — ٢٨٨ ، ومجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر ج ١ ص ٥٢١ طبعة ١٣١٩ هـ .

(٢) الفيء هو ماأخذ من أموال الكفار بغير قتال ، وأما الغنيمة فهى ماأخذ من أموالهم قهراً أو بإيجاف الخيل والركاب . انظر فى هذا المحاضرات التى ألقاها الأستاذ أحمد هريدى على طلبة دبلوم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق بجامعة القاهرة فى العام الدراسى ٦٥ — ١٩٦٦ صفحة ٥٤ .

(٣) جاء فى المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٢٩ — ١٣٠ الطبعة الثالثة ١٣٦٧ هـ : « وتصرفات المرتد فى ردته بالبيع والهبة والعتق والوصية ونحوها ذلك موقوف إن أسلم تبينا أن تصرفه كان صحيحاً ، وإن قتل أو مات على ردته كان باطلا وهو قول أبى حنيفة وعلى قول أبى بكر تصرفه باطل لأن ملكه قد زال بردته ، وهذا أحد أقوال الشافعى ، وقال فى الآخر إن تصرف قبل الحجر عليه انبنى على الأقوال الثلاثة ، وإن تصرف بعد الحجر عليه لم يصح تصرفه كالسفيه ، ولنا أن ملكه تعلق به حق غيره مع بقاء ملكه فيه فكان تصرفه موقوفاً كتبرع المريض » .

وانظر فى تصرفات المرتد مقال العقد الموقوف للدكتور محمد زكى عبد البر ص ٢٦ — ٢٨ .

(٤) جاء فى الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ج ٤ ص ٣٠٦ « لا خلاف فى وقف مال المرتد بمجرد الردة ، وإنما الخلاف هل يرجع إليه إذا تاب وهو المشهور أو يكون فيئاً مطلقاً كالمأخوذ من الحربى » . وانظر أيضاً شرح الخرشى ج ٨ ص ٧٨ — ٧٩ ، ومواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٨٢ الطبعة الأولى ١٣٢٩ هـ بمطبعة السعادة .

(٥) جاء فى حاشية البجيرمى على شرح الخطيب المسماة بتحفة الحبيب ج ٤ ص ٢٢٢ : =

وذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية [١] إلى القول بنفاذ تصرفاته لأن ملكه لا يزول عن ماله بالردة ، وإنما يزول بالموت أو القتل أو اللحاق بدار الحرب ، وهذا قول الحنابلة فى رواية [٢] .

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما . فذهب أبو يوسف إلى أن تصرف المرتد يصح كما يصح تصرف الصحيح لأن الظاهر عوده إلى الإسلام ، إذ الشبهة تزاح فلا يقتل فصار كالمرتدة ،ولا يجعل كالمشرف على الهلاك ، وعند محمد رحمه الله يصح كما يصح من المريض مرض الموت لأنه لا يرجع إلى الإسلام ظاهراً فيقتل ، لأن من انتحل إلى نحلة قل ما يتركه لا سيما إذا كان معرضاً عما نشأ فيه ، فيفضى إلى القتل ظاهراً بخلاف المرتدة لأنها لا تقتل .

وذهب الشافعية فى قول آخر فى المذهب[٣] وكذا الحنابلة [٤] فى رواية أخرى عندهم إلى أن تصرفات المرتد بالبيع ونحوه تعتبر باطلة .

ومن ثم فإنه يتلخص لنا أن هناك آراء ثلاثة فى حكم تصرفات المرتد فى أمواله :

= « وملك المرتد موقوف . هذا هو الصحيح من أقوال ثلاثة: زواله قطعاً وإن كان يعود له بالإسلام وبقاؤه قطعاً والثالث موقوف ومحل الخلاف فى غير المكاتب وأم الولد . أما هما فموقوفان قولا واحداً حتى يعتقان بالموت ومحله أيضاً فى غير حطب وصيد ملكهما قبل الردة ثم ارتد ففيهما قولان قيل فىء لبيت المال وقيل باقيان على الإباحة ولا وقف » .

وانظر أيضاً الجلال المحلى على المنهاج طبعة الحلبى ج ٤ ص ١٧٨ .

(١) انظر فى فقه الحنفية تبيين الحقائق للزيلعى ج ٣ ص ٢٨٧ — ٢٨٨ ومجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر ج ١ ص ٥٢١ وانظر البدائع للكاسانى ج ٧ ص ١٣٦ .

(٢) انظر فى فقه الحنابلة القواعد لابن رجب ص ٤٠٧ — ٤٠٨ .

(٣) انظر فى فقه الشافعية شرح الجلال المحلى على المنهاج ج ٤ ص ١٧٨ ، وفى نهاية المحتاج ج ٥ ص ١١٧ : « توكيل المرتد غيره فى تصرف مالى موقوف وجزم ابن المقرى ببطلانه وعبارة الروض وتوكيل المرتد كتصرفه ، قال فى شرحه فلا يصح » .

(٤) المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٢٩ — ١٣٠ .

١ — رأى يقول بوقف تصرفاته ، وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة والمالكية والحنابلة فى إحدى الروايتين فى المذهب ، وكذا عند الشافعية فى قول فى المذهب .

٢ — رأى يقول بنفاذ تصرفاته ، وإلى هذا ذهب الصاحبان أبو يوسف ومحمد من الحنفية والحنابلة فى رواية .

٣ — رأى يقول بالبطلان ، وإلى هذا ذهب الحنابلة فى رواية أخرى عندهم وفى قول آخر عند الشافعية .

وهذه الآراء الثلاثة مبناها هل تظل ملكية المرتد لماله ثابتة كما هى أم تزول ملكيته عن أمواله .

أدلة الرأى الأول :

١ — الردة سبب لزوال الملك لأنها سبب لوجوب القتل والقتل سبب لحصول الموت فكان زوال الملك عند الموت مضافاً إلى السبب السابق وهو الردة . ولا يمكنه اللحاق بدار الحرب بأمواله لأنه لا يمكن من ذلك بل يقتل فيبقى ماله فاضلا عن حاجته الأصلية فكان ينبغى أن يحكم بزوال ملكه للحال ، إلا أننا توقفنا لاحتمال عوده إلى الإسلام ، فالإسلام مرجو منه ، فتوقف تصرفاته لتردد حاله بين القتل والإسلام ، فإذا عاد ترتفع الردة من الأصل وتجعل كأن لم تكن[1] . فكان التوقف فى الزوال حالا لاشتباه العاقبة ، فإن أسلم تبين أن الردة لم تكن سبباً لزوال الملك لارتفاعها من الأصل وإن قتل أو مات أو لحق بدار الحرب وقعت سبباً لزوال الملك من حين وجودها فتبين أن الملك كان زائلا من حين وجود الردة لأن

---

(١) البدائع جـ ٧ ص ١٣٦ ، وانظر أيضاً مقالا فى الأدلة المتعارضة ووجوه ترجيحها للأستاذ بدران أبو العينين بدران ص ٣٤٦ — ٣٤٧ بمجلة كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية ، العددان الثالث والرابع — السنة العاشرة .

الحكم لا يتخلف عن سببه[١] .

٢ — تصرف المرتد كتصرف المريض مرض الموت بجامع أن كلا منهما قد تعلق بملكه حق الغير مع بقاء ملكه فيه، فكما وقف تبرع المريض يوقف تصرف المرتد[٢] .

أدلة الرأى الثانى :

١ — صحة التصرف تعتمد الأهلية ، وهى تثبت بالخطاب وهو بالعقل والمرتد عاقل ، ونفاذ التصرف يعتمد الملك وهو ثابت إذ لو زال ملك المرتد لزال إلى ورثته ولم يقل به أحد بدليل أنه لا تنفذ تصرفاتهم فى أمواله فعلى هذا ينفذ تصرفه ولا يقف ذكراً كان أم أنثى[٣] .

٢ — الملك ثابت للمرتد حال إسلامه لوجود الحرية التى هى سبب الملك أو الأهلية ، والردة لا تؤثر فى الملك إنما تؤثر فى إباحة دمه ، وحيث ظل ملكه مع ردته ثابتاً نفذت تصرفاته .

ويناقش هذا الدليل بأنا لا نسلم أن الردة لا تؤثر فى الملك ، كيف وهى سبب لزوال الملك بالنص ، فقد قال صلى الله عليه وسلم « من بدل دينه فاقتلوه » ، فالردة تبديل للدين فتكون سبباً لوجوب القتل الذى هو سبب للموت والذى هو سبب لزوال الملك والحكم يضاف إلى السبب السابق .

٣ — المرتد مكلف محتاج وكل من هو كذلك يجب عدم زوال ملكه

---

(١) انظر فى هذا تبيين الحقائق للزيلعى ج ٣ ص ٢٨٧ — ٢٨٨ .

(٢) انظر المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٢٩ — ١٣٠ .

(٣) انظر فى هذا تبيين الحقائق للزيلعى ج ٣ ص ٢٨٧ — ٢٨٨ ، ومجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر ج ١ ص ٥٢١ .

لأنه لا يتمكن من إقامة موجب التكليف إلا بالملك فيبقى ملكه إلى أن يقتل فينفذ تصرفه[١] .

ونوقش هذا بأنا نمنع أن كل مكلف محتاج لايزول ملكه عنه ، إذ المرقوق زائل الملك مع أنه مكلف محتاج[٢] .

٤ — المرتد كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص بجامع أن كلا منهما مكلف مباح الدم ، فكما لا يزول ملك المحكوم عليه بالرجم والقصاص ما لم يقتل فكذلك المرتد لا يزول ملكه ما لم يقتل ، وحيث كان الأمر كذلك فتصرفه قبل قتله نافذ .

ويمكن القول بأنه لا أثر للرجم والقصاص فى الملك ، وكل أثرهما فى إباحة الدم وذلك بخلاف الردة فأثرها ـ فى زوال عصمة النفس والمال ـ ثابت بالنص[٣] .

دليل الرأى الثالث :

إن عصمة النفس والمال بالإسلام فزوال الإسلام يزيل ما عصم به فعصمة ماله زالت بزوال الإسلام فملكه زال عن ماله فيبطل تصرفه .

ونوقش هذا بأنه لا يلزم من زوال عصمة المال زوال الملك عنه ، بل زوال الملك يكون إذا ما استولى عليه[٤] .

وبالنظر فى هذه الآراء السابقة وما ورد على أدلتها من مناقشات ، فإنه يترجح لنا الرأى الأول القائل بالوقف ، فهو رأى سديد يحقق الصالح العام

---

(١) انظر العناية على هامش فتح القدير ج ٥ ص ٣١٢ .

(٢) انظر حاشية سعدى جلبى فى الموضع السابق .

(٣) انظر رسالة الوكالة لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ٤٩ — ٥٠ .

(٤) المرجع السابق ص ٥٠ .

للإسلام والمسلمين ، لأن القول بوقف تصرفاته مقصود به عدم تمكينه من إخراج ملكه إلى من يرى من أعداء الإسلام والمسلمين ، فتتوفر بذلك ثروته المالية على ورثته المسلمين حين ارتداده وفى القول بنفاذ تصرفاته لا يتحقق ذلك ، هذا بالإضافة إلى أن ملكه قد تعلق به حق غيره مع بقاء ملكه فيه فكان تصرفه موقوفاً ، ففى القول بالوقف منع للضرر عن الورثة وحماية لحقهم .

وإذا نظرنا إلى القوانين الوضعية فإننا لا نجد تنظيما لموضوع تصرفات المرتد كهذا الذى نظمته الشريعة الإسلامية. غير أننا نلاحظ أن الدساتير كفلت للأفراد حرية العقيدة فكفالتها من النظام العام ، وقد قضت محكمة النقض بأن « الاعتقاد الدينى مسألة نفسانية فلا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية فقط ، فإذا ما غير شخص دينه أو مذهبه رسمياً فإنه من وقت هذا التغيير ، لا يعتبر خاضعاً إلا لأحكام الدين أو المذهب الجديد »[1] .

ومن ثم فلا تأثير فى القانون الوضعى لتغيير الديانة على التصرفات التى يجريها من يغير ديانته ، فهى تعتبر صحيحة نافذة وفقاً للقواعد العامة فى القانون .

---

(١) حكم محكمة النقض فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ طعن رقم ١٠٥ سنة ٥ ق ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاماً حتى آخر ديسمبر سنة ١٩٥٥ جـ ١ ص ١١٨ قاعدة رقم ٨ ، ومجموعة محمود عمر جـ ٢ رقم ١٤ ص ٣٢ .

الباب الثانى

ناقص الأهلية ومعيب الارادة

الفصل الأول

ناقص الأهلية

تمهيد :

لا خلاف بين العلماء فى أن تصرفات الصغير غير المميز سواء أكانت نافعة نفعاً محضاً ، أم ضارة به ضرراً محضاً ، أم مترددة بين النفع والضرر تعتبر باطلة لأن عبارته ملغاة ، ومن ثم فإن تصرفه ينعقد باطلا وليس موقوفاً فلا تصححه الإجازة(١) .

وفى حكم الصغير غير المميز المجنون المغلوب بحال والذى لا يفيق ، فلا يصح تصرفه ولو أجازه الولى أو القيم عليه ، لأن صحة العبارة بالتمييز وهو لا تمييز له فيقع تصرفه أيضاً باطلا لا موقوفاً (٢) .

---

(١) وقد نصت المادة ٩٦٦ من مجلة الأحكام العدلية على ذلك فقالت : « لاتصح تصرفات الصغير غير المميز القولية وإن أذن بذلك وليه وذلك لفقدان أهلية التصرف ولو كانت هذه التصرفات من قبيل الهبة والصدقة لأن البيع والإجارة والكفالة والحوالة والرهن والهبة والشركة والوكالة والصلح والإقرار يجب وقوعها من عاقل مميز ، كما وأن الشهادة والقضاء لايجوز وقوعهما من الصغير » . وقد نصت على بطلان تصرفات الصغير غير المميز المادة ١١٠ من التقنين المدنى المصرى الحالى .

(٢) انظر فى حكم تصرفات المجنون تبيين الحقائق للزيلعى جـ٥ ص ١٩١ ، والدر وحاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٩٣ — ٩٤ . وانظر فى فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملى =

ويعنينا فى هذا المقام أن نبين حكم تصرفات الصبى المميز وهو يعتبر ناقص الأهلية ومن فى حكمه كالسفيه وذى الغفلة .

المبحث الأول

تصرف الصبى المميز

المطلب الأول

تصرف الصبى المميز فى الشريعة

عرف الأحناف الصبى المميز بأنه هو الذى يعرف أن البيع سالب للملك ، والشراء جالب له ، ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ، ويقصد به تحصيل الربح والزيادة. وقد قضت بهذا المادة ٩٤٣ من مجلة الأحكام العدلية فقالت : « الصغير غير المميز هو الذى لا يفهم البيع والشراء أى لا يعلم كون البيع سالباً للملك والشراء جالباً له ولا يميز الغبن الفاحش من اليسير والطفل الذى يميز هذه المذكورات يقال له صبى مميز » .

وتنقسم تصرفات الصبى المميز إلى ثلاثة أقسام[1] :

= ج ٥ ص ٢٧٣ فقد جاء فيه : «المجنون كغير المميز فلا أثر لعبارته ولا قصد» . وفى البدائع للكاسانى ج ٧ ص ١٧٠ — ١٧١ : « أما المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها فلا يجوز طلاقه وعتاقه وكتابته وإقراره ولا ينعقد بيعه وشراؤه حتى لا تلحقه الإجازة ولا يصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية وكذا الصبى الذى لا يعقل لأن الأهلية شرط جواز التصرف وانعقاده ولا أهلية بدون العقل » . ويفرق التقنين المدنى المصرى الحالى بين تصرفات المجنون الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فيعتبرها صحيحة إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة فإنها تكون باطلة وبين تصرفاته بعد تسجيل قرار الحجر فيعتبرها باطلة (انظر المادة ١١٤ من هذا التقنين) .

(١) جاء فى البدائع للكاسانى ج ٧ ص ١٧٠ — ١٧١ : « والتصرف لا يخلو إما أن يكون من الأقوال وإما أن يكون من الأفعال ، أما التصرفات القولية فعلى ثلاثة أقسام : نافع محض وضار محض ودائر بين الضرر والنفع ، وأما الصبى العاقل فتصح منه التصرفات النافعة بلا خلاف ولا تصح منه التصرفات الضارة المحضة بالإجماع وأما الدائرة بين الضرر =

الأولى : التصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية والصدقة وهذا النوع يصح بعبارته وينفذ دون حاجة إلى إجازة من له الولاية عليه .

وليس فى هذا النوع من التصرفات ضرر به فلم يكن ثمة حاجة إلى الاستعانة بغيره ، وفى القول بصحتها منفعة له ، فلذلك صحت ونفذت .

وقد نصت على هذه التصرفات المادة ٤٨٥ من مرشد الحيران فقالت : « التصرفات التى تصدر من الصبى المميز والمعتوه وتكون نافعة لهما نفعاً محضاً جائزة ولو لم يجزها الولى أو الوصى » . وكذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٦٧ من مجلة الأحكام العدلية على ذلك فقالت : « يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان فى حقه نفع محض فإذا أجر الصغير نفسه يستحق الأجرة وإن لم يأذن به الولى ولم يجزه كقبول الهدية والهبة » . ولا خلاف بين الفقهاء فى انعقاد هذه التصرفات صحيحة نافذة .

الثانية : التصرفات الضارة ضرراً محضاً ومثل ذلك أن يهب ماله بدون عوض أو يقرضه لغيره أو يتصدق به أو يقفه ، فإنه لا يملك شيئاً من ذلك لما فيه من الضرر المحض وكذلك لا يملكه وليه ، وإذا لم يكن لوليه مباشرة هذه التصرفات ابتداء لم يكن له حق إجازتها انتهاء ، وتقع باطلة فلا تصح ولا تنفذ ولو أجازها الولى بل لو قام بها الولى نفسه . وعلى هذا نصت المادة ٤٨٤ من مرشد الحيران فقالت : « تصرفات الصبى المميز والمعتوه القولية غير جائزة أصلاً إذا كانت مضرة لهما ضرراً محضاً وإن أجازها

= والنفع كالبيع والشراء والإجارة ونحوها فينعقد عندنا موقوفاً على إجازة وليه فإن أجاز جاز وإن رد بطل» . وفى حاشية الطحطاوى على الدر المختار جـ ٤ ص ٨١ طبعة ١٢٨٢ هـ الأميرية : الصبى العاقل له عبارة صحيحة فيما هو نفع محض كقبول الهبة وفيما هو متردد بين الضرر والنفع فإنه صحيح العبارة فى حق الانعقاد حتى تنعقد تجارته موقوفة على إجازة الولى وفيما هو ضرر محض كالطلاق والعتاق فاسد العبارة أصلا فى حق الانعقاد والنفاذ جميعاً » .

الولى أو الوصى » . وكذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٦٧ من مجلة الأحكام العدلية على أنه : « لا يعتبر تصرفه الذى هو فى حقه ضرر محض وإن أذن بذلك وليه وأجازه كأن يهب لآخر شيئاً » . ولا خلاف بين الفقهاء فى أن هذه التصرفات تنعقد باطلة لما فيها من الضرر المحض .

الثالثة : التصرفات المترددة بين الضرر والنفع وذلك كالبيع والشراء والإجارة والشركة والمساقاة وسائر المعاوضات . وهذه تنشأ وتنعقد بعبارة الصغير ولكنها تكون موقوفة على إجازة الولى أو الوصى .

أما انعقادها بعبارته ، فلأن عبارته صحيحة فى حق الانعقاد موقوفة على الإجازة ، إذ يتوافر فيها القصد إلى فهم معانى الألفاظ التى تنعقد بها العقود ، وفوق ذلك فإن فى تصحيح عبارته فائدة تعويده التجارات ، وتقضى بها ضرورة تربية الصغير وتعويده السير فى الحياة إذ فيها مران له واختبار لعقله ومداركه ، وبذلك يمكن أن يحكم له أو عليه متى بلغ سن الرشد .

وقد نصت على حكم هذه التصرفات المادة ٩٦٧ من مجلة الأحكام العدلية فى فقرتها الثالثة فقالت : « وأما العقود الدائرة بين النفع والضرر فى الأصل فتنعقد موقوفة على إجازة وليه ، ووليه مخير بين إعطاء الإجازة وعدمها فإن رآها مفيدة فى حق الصغير أجازها وإلا فلا »(١) .

وجاء فى البدائع للكاسانى : « وكذلك الصبى المحجور عليه إذا باع مال نفسه أو اشترى أو تزوج امرأة أو فعل بنفسه ما لو فعل عليه وليه لجاز عليه ، يتوقف على إجازة وليه ما دام صغيراً أو على إجازته بنفسه بعد

---

(١) انظر فى بيان هذا النص شرح مجلة الأحكام العدلية للأستاذ سعيد المحاسنى ص ٣٤٤ . وانظر أيضاً فى انعقاد تصرف الصبى المميز الدائر بين الضرر والنفع موقوفاً على الإجازة المواد: ٢/٣٧٧ من مجلة الأحكام العدلية، ١٧٧، ٢٦٨، ٢٧١، ٢٧٣، ٢٧٥ ، ٢٧٦ ، ٣١٠ ، ٤٢٨ ، ٤٨٠ من مرشد الحيران .

البلوغ إن لم يوجد من وليه فى حالة صغره ، حتى لو بلغ الصبى قبل إجازة الولى فأجاز بنفسه جاز ولا يتوقف على نفس البلوغ من غير إجازة ، لأن هذه التصرفات لها مجيز حال وجودها ، ألا ترى أنه لو فعلها وليه جازت فاحتملت التوقف على الإجازة ، لأنه لما بلغ فقد ملك الإنشاء فأولى أن يملك الإجازة ، ولأن ولايته على نفسه فوق ولاية وليه عليه فى حال صغره ، فلما جاز بإجازة وليه فلأن يجوز بإجازة نفسه أولى »[1] .

فهذه التصرفات تتوقف على إجازة الولى أو الوصى لأن الصغير المميز لم يكتمل عقله بعد ، وفى رأيه ضعف ويخشى عليه من مغبة تصرفه وفساد تدبيره وعدم تقديره لعواقب الأمور ، فكان لا بد من رأى الولى لتنفيذ هذه العقود ، فإن أجازها نفذت وإن لم يجزها بطلت . ويشترط فى الإجازة أن تكون صحيحة معتبرة شرعاً بأن يكون التصرف مما يملك الولى أو الوصى نفسه مباشرته فإن كان لا يملكه لم تكن إجازته معتبرة[2] ، وذلك كالبيع بغبن فاحش فإنه يقع باطلا ولا يصح بإجازة الولى لأنه لا يملك أن يبيع ابتداء بالغبن الفاحش فلا يملك أن يجيزه إذا باشره من هو تحت ولايته هذا ما ذهب إليه الصاحبان . وقد جاء فى كتب الحنفية ما يدل على أن أبا حنيفة رضى الله عنه يرى أن بيع الصبى المميز وشراءه مع الغبن الفاحش صحيح

---

(١) انظر البدائع للكاسانى ج ٥ ص ١٤٩ — ١٥٠ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٣١٢ ، والفتاوى الأنقروية ج ١ ص ٢٥٢ ، وغنية ذوى الأحكام فى بغية دور الحكام وهى حاشية على الدرر لمنلاخسرو تأليف أبى الإخلاص حسن بن عمار بن على بن يوسف المصرى الشرنبلالى الحنفى مخطوط رقم ٢٦٩ بدار الكتب المصرية ص ٣٥٠ ، وانظر الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣.

(٢) انظر فى تصرفات الصبى المميز رد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ١١٣ — ١١٤ طبعة ١٣٢٥ هـ ، وانظر أيضاً المبسوط للسرخسى ج ٢٤ ص ١٨٢ والبدائع ج ٧ ص ١٧١ ، وانظر الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبى زهرة ص ٢٩١ طبعة ١٩٣٩ م ، وأحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص ٢٨١ طبعة ١٩٤٧ م والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٤٤٩ . وانظر الأهلية وعوارضها للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ص ١٣ — ١٦ .

نافذ بإجازة وليه ، على الرغم من أن وليه لا يملك ذلك وحده ، وقد عللوا هذا بأن عبارة الصبى المميز صالحة لإنشاء العقود وأنه لوجود التمييز عنده أهل لإنشائها ، وإنما توقف إنشاؤه إياها فيما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر لقصور رأيه وضعف وزنه ، فإذا انضم إليه رأى وليه صار مجبوراً به ،والتحق بالبالغ، فينعقدلذلك تصرفه بالغبن الفاحش، ولكن بشرط أن يكون مع غير الولى ، أما إذا تصرف مع الولى نفسه فعن أبى حنيفة فى ذلك روايتان : إحداهما تفيد النفاذ والجواز لأنه يتصرف بنفسه وبأهليته ، ورواية تفيد المنع لأن شبهة نيابته عن الولى فى هذا التصرف قائمة وذلك لحاجته إلى رأى وليه بسبب قصور رأيه فكان لهذه الشبهة اعتبار فى موضع التهمة ، وهو بيعه لوليه ، أو شراؤه منه فلم يجز لذلك ولم ينفذ[١] . ونحن نرجح رأى الصاحبين لما فيه من الاحتياط بالنسبة للصغير والمحافظة على أمواله .

هذا هو رأى الحنفية فى بيان حكم تصرفات الصبى المميز المترددة بين النفع والضرر تنعقد موقوفة على الإجازة .

أما الصبى المميز المأذون له فتنعقد تصرفاته صحيحة نافذة[٢] .

ويتفق مع الحنفية فى القول بانعقاد تصرف الصبى المميز الدائر بين

---

(١) فقد جاء فى كشف الأسرار على أصول الإمام فخر الإسلام على بن محمد البزدوى ج ٤ ص ١٣٧٧ — ١٣٧٨ هـ طبعة ١٣٠٧ هـ : « احتمال الضرر فى التصرف يزول برأى الولى حتى يجعل الصبى كالبالغ وذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله ألا يرى أنه صح بيعه بغبن فاحش من الأجانب والولى لا يملكه وذلك باعتبار أن نقصان رأيه جبر برأى الولى فصار كالبالغ وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى . قالا : لا يملكه بالغبن الفاحش مع الأجانب ومع الولى وعن أبى حنيفة رحمه الله أن فى التصرف مع الولى روايتين فى الغبن الفاحش فى رواية أجازه لما قلنا وفى رواية أبطله بشرط النيابة وذلك أنه فى الملك أصيل وفى الرأى أصيل من وجه دون وجه ألا يرى أن له أصل الرأى دون وصفه فتثبت شبهة النيابة فاعتبرت فى موضع التهمة وعلى هذا قلنا فى المحجور إذا توكل لم يلزمه العهد وبإذن الولى يلزمه » .

(٢) انظر فى انعقاد بيع الصبى موقوفاً إذا كان محجوراً ونافذاً إن كان مأذوناً ، البحر الرائق لابن نجيم ج ٥ ص ٢٨١ .

النفع والضرر موقوفاً على إجازة وليه المالكية(١) وفي إحدى الروايتين عند الحنابلة(٢) والشيعة الإمامية(٣) والزيدية(٤) . أما عند الشافعية(٥) وكذا الحنابلة(٦) والشيعة الإمامية(٧) والزيدية (٨) في الرواية الأخرى عندهم فتصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر باطل .

ومن ثم فإنه يتلخص لنا أن هناك آراء ثلاثة في حكم تصرفات الصبي المميز المترددة بين النفع والضرر .

١ — قول بالبطلان وإلى هـــذا جنح الشافعية ، وفي إحدى

---

(١) جاء في شرح الخرشي ج ٥ ص ٢٩٢ : « المميز إذا تصرف بمعارضة بغير إذن وليه فذلك موقوف على نظر وليه من إجازة أو رد كان الولي أباً أو غيره حيث استوت مصلحة الرد والإجازة ، وأما تصرفه بغير معاوضة كهبة وعتق وما أشبه ذلك فإنه يتعين على الولي رده ، وللصبي المميز إذا تصرف بغير إذن وليه ولم يعلم بذلك إلا بعد خروجه من الحجر أو علم وسكت أو كان مهملا لا وليّ له وتصرف ثم خرج من الحجر بأن بلغ رشيداً فإن النظر في ذلك له لا لغيره فإن شاء رده وإن شاء أمضاه كما كان لوليه » وانظر أيضاً حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص ٢٩٤ .

(٢) انظر في فقه الحنابلة المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٢٤٦ الطبعة الثالثة ١٣٦٧ هـ وهم يتفقون مع الحنفية في التفرقة بين الصبي المميز المأذون له وبين غير المأذون له فيصح وينفذ تصرف الأول ويتوقف تصرف الثاني . ففي المغني ج ٤ ص ٤٦٨ (في باب الحجر) «ومتى أذن له وليه فتصرف صح تصرفه » .

(٣) انظر في فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملي ج ٥ ص ٢٧٢ .

(٤) انظر البحر الزخار ج ٣ ص ٣٠٥ — ٣٠٦ الطبعة الأولى ١٣٦٧ هـ/١٩٤٨ م .

(٥) جاء في كتاب المجموع شرح المهذب ج ٩ ص ١٥٧ : « كما لا تصح من الصبي تصرفاته القولية لا يصح قبضه في تلك التصرفات فلو اتهب له الولي شيئاً وقبله ثم قبضه الصبي بإذن الواهب لم يصح قبضه ولا يحصل الملك فيه بهذا القبض » . وانظر أيضاً المهذب للشيرازي ج ١ ص ٢٥٧ .

(٦) انظر في فقه الحنابلة المغني لابن قدامة ج٤ ص ٢٤٦،وانظر أيضاً كتاب نيل المآرب بشرح دليل الطالب لعبد القادر بن عمر الشيباني في مذهب الحنابلة ص ٩٩ .

(٧) انظر في فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملي ج ٥ ص ٢٧٢ .

(٨) انظر في فقه الشيعة الزيدية البحر الزخار ج ٣ ص ٣٠٥ — ٣٠٦ .

الروايتين عند الحنابلة ، وكذا الشيعة الإمامية والزيدية .

٢ — قول بالوقف وإلى هذا ذهب المالكية والشيعة الإمامية والزيدية فى الرواية الأخرى عندهم .

٣ — قول بالتفصيل وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة فى الرواية الأخرى عندهم ، فالصبى المميز إما أن يكون مأذوناً له فى التجارة وإما ألا يكون مأذوناً له .

فإن كان مأذوناً له فى التجارة فتصرفه صحيح نافذ وإن لم يكن مأذوناً له فتصرفه موقوف على إجازة الولى .

ونوضح فيما يلى أدلة كل فريق منهم .

١ — أدلة القائلين بالبطلان

١ — استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق »[1] . ووجه الدلالة أن الصبى المميز غير مكلف فأشبه فى هذا الصبى غير المميز ولأنه تصرف فى مال فلم يفوض إلى الصبى لحفظ المال .

فهم بهذا قد قاسوا تصرفات الصبى المميز على تصرفات الصبى غير المميز وهذا القياس مردود لأن قياس المميز على غير المميز قياس مع الفارق وليس بصحيح ، لأن غير المميز ليس فى تصرفه أية مصلحة يقصدها فلا تحصل المصلحة بتصرفه لأنه عديم العقل ، وليس فى تصرفه فائدة محققة ولا متوهمة لعدم تمييزه ومعرفته . أما المميز فهو يعقل العقد ويدرك ما فيه من المصلحة

(١) انظر فى هذا نصب الراية ج ٤ ص ١٦٣ .

فافترقا غاية الأمر أنه لما كان يتوهم أنه يغبن فى تصرفه لعدم كمال عقله بالبلوغ قال الفقهاء بتوقف نفاذ تصرفه على إجازة الولى حتى يرى ما فيه من المصلحة فيجيزه أو المضرة فيبطله .

٢ ــ العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذى يصلح الإنسان به للتصرف لخفائه ، ولهذا اقتضت حكمة الشارع الحكيم أن يجعل للصلاحية ضابطاً وهو البلوغ فلا معنى لأن يثبت له أحكام العقلاء قبل وجوب المظنة فلا يصح تصرف غير البالغ .

ويرد على ذلك بأن العقل يمكن الوقوف منه على الحد الذى يصلح الإنسان به للتصرف ، فصلاحيته للتصرف تدرك بآثاره وجريان تصرفاته على وفق المصلحة .

وكما أن البلوغ دليل على كمال الصلاحية ، كذلك الإذن من الولى ، إذ لا تزاحم فى الأسباب(١) .

٣ ــ أن علة الحجر على الصبى الصبا ، وهو باق بعد الإذن وبقاء العلة يستلزم بقاء المعلول فالتحق هذا التصرف الدائر بين النفع والضرر بما هو ضرر محض كالطلاق والعتاق ، وهما لا يصحان وإن أذن له الولى . وعلى ذلك فلا يصح تصرف الصبى ولو كان مأذوناً .

ويناقش هذا بأن الصبا ليس علة الحجر فليس الحجر لذات الصبا وإنما هو لعدم هدايته فى أمور التجارة ، فإذا أذنه الولى تحقق زوال هذا السبب لأنه لا يأذن له إلا إذا رأى ثاقب رأيه وهدايته فى أمور التجارة .

وأما إلحاق تصرفه بما هو ضرر محض كالطلاق والعتاق فممنوع إذ كل من الطلاق والعتاق ضرر محض فكيف يلحق بهما ما هو متردد بين النفع والضرر فالفرق بينهما واضح .

---

(١) انظر فى بيان هذا رسالة الوكالة لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ٤١ (فى حكم توكيل الصبى المميز) .

٢ — أدلة المفصلين

استدلوا على صحة تصرف الصبي المأذون ونفاذه بما يأتى :

قال تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم »[١] .

وقد ذكر الجصاص أن الابتلاء قبل البلوغ يكون من وجهين :

أولهما : أمر بابتلائهم فى حال كونهم يتامى .

ثانيهما : أخبر أن بلوغ النكاح بعد الابتلاء ، وكيفية الابتلاء أن يعطى الصغير شيئاً من المال ثم يرى كيف يكون تصرفه فإن أحسن فيه كان راشداً .

ومن هنا نعلم كيف دلت الآية على المطلوب لأن معناها اختبروهم لتعلموا رشدهم ، ولا يتحقق الاختبار إلا بتفويض التصرف إليهم من بيع وشراء وغيرهما ليعلم الأولياء هل يغبن اليتيم فى تصرفه أم لا ؟ وهذا يقتضى صحة التصرف من اليتامى فى فترة الابتلاء أو الاختبار ، ولأن الصبي عاقل مميز يعقل العقد ويقصده بمعنى أنه يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له[٢] .

ويناقش هذا الدليل بأن الابتلاء فى قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى » يتحقق بإحضار الولى للصبي فى المعاملات المالية ويطلعه على كيفية

---

(١) انظر فى هذا سورة النساء ج ٤ آية ٦ .

(٢) انظر فى هذا أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٧٤ — ٧٥ وتفسير المنار ج ٤ ص ٣٨٦ . وأحكام القرآن لابن العربى ج ١ ص ٣١٩ — ٣٢١ (تحقيق محمد على البجاوى) الطبعة الأولى ١٣٧٦هـ — ١٩٥٧ م .

التصرف ويسأله فى كل عمل عن رأيه فيه فإذا رأى أجوبته سديدة ورأيه صالحاً يعلم أنه قد رشد وعلى ذلك فليس فى الآية مايفيد تفويض التصرف إلى الصبى حتى يحكم بصحة تصرفه .

وأجيب عن ذلك بأن القول لايغنى عن الفعل فقليل من النباهة والذكاء كاف لأن يحسن الشخص الجواب إذاماطلب منه إبداء رأيه فى ثمن كذا .

على أننا نرى الكثير ممن قد وصفوا بالذكاء والتعليم يتكلم أحدهم فى التجارة عن علم ، فإذا ما هيأت له الظروف عملا تجارياً أسند إليه وقف مكتوف اليدين لا يعمل شيئاً ، وإذا عمل اساء العمل ولم يحسنه ، فكيف يصح حمل الابتلاء على الابتلاء بالقول مع اتفاق الفضلاء على قاعدة أن بين العلم والتجربة بوناً شاسعاً . فالابتلاء بتفويض التصرف لا مناص منه فدلت الآية على المطلوب[1] .

٢ — الصبى المميز محجور عليه كالعبد ، فكما صح تصرف العبد إذا أذنه سيده ، يصح تصرف الصبى إذا أذنه وليه .

ويناقش هذا بأنه قياس مع الفارق فإن علة الحجر بالنسبة للعبد انشغاله بخدمة سيده ، وعلة الحجر بالنسبة للصبى قلة هدايته فى أمور التجارة .

وقد استدلوا على القول بانعقاد تصرف الصبى غير المأذون موقوفاً على الإجازة بما استدل به القائلون بالوقف ونوضح دليلهم على النحو الآتى :

أدلة القائلين بوقف تصرفات الصبى غير المأذون

التصرفات المترددة بين النفع والضرر يحتمل أن يكون فى عقدها مصلحة وأن يكون فيها ضرر والذى يدرك ذلك هو الولى ، لأن رأى الصبى

(١) انظر فى هذا رسالة الوكالة لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ٤٢ — ٤٣ .

المميز ناقص ، ولهذا توقف تصرفاته على إجازة الولى فإن رأى النفع فى الإجازة أجاز وإلا نقض .

وما دام تصرف الصبي المميز ينعقد موقوفاً على إذن وليه فلا ضرر يترتب على صحة انعقاد تصرفه ، بل فيه فائدة وهى اختباره وابتلاؤه ليتمرن على تصرفات العقلاء البالغين، حتى إذا ما أدرك كان له من المران السابق ما يبصره بعواقب التصرفات ، هذا بالإضافة إلى أن فى القول بالوقف على الإجازة سداً لباب الضرر عنه ، لأن الإجازة لا تحصل إلا إذا تبين أن التصرف مفيد له ، فبها يندفع توهم الضرر فيلتحق التصرف بما تتمحض فيه المنفعة فيكون للصبي فيه عبارة صحيحة رغم نقص أهليته ، وما يقال عن الإجازة اللاحقة يقال عن الإذن السابق ، إذ فى حال الإذن السابق يندفع توهم الضرر بانضمام رأى الولى إلى رأى القاصر .

وبالنظر فى أدلة الفقهاء فى حكم تصرفات الصبي المميز المترددة بين النفع والضرر وما أثير حولها من مناقشات ، فإنه يترجح لنا الرأى القائل بالوقف لأنه يهدف إلى حمايته وعدم الإضرار به .

المطلب الثانى

تصرف الصبي المميز فى القانون

أخذ المشرع فى التقنين المدنى المصرى الحالى بفكرة الفقه الإسلامى فى تقسيم تصرفات الصبي المميز إلى تصرفات نافعة نفعاً محضاً ، وتصرفات ضارة ضرراً محضاً ، وتصرفات مترددة بين النفع والضرر فنص فى المادة ١١١ منه على ما يأتى :

١ — إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً .

٢ — أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون » .

والأعمال الدائرة بين النفع والضرر طبقاً لهذا النص هي لا تتمحض عن نفع خالص ولا عن ضرر صرف ، وهي التصرفات التي يتبادل فيها الطرفان الأخذ والعطاء ، ففيها يأخذ كل من الطرفين مقابلا لما يعطى ويكتسب حقوقاً في مقابل ما يتحمله من التزام ، ومثالها البيع والشراء والإيجار ، وهي كما نرى تحتمل الربح والخسارة[1] .

وحكم مثل هذا التصرف أنه صحيح منتج لكل آثاره إلى حين الحكم بإبطاله ، وذلك على خلاف الحكم في الشريعة الإسلامية حيث يعتبر التصرف موقوفاً على إجازة الولى فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل .

ويستطيع القاصر بعد البلوغ طلب هذا البطلان ، كما يستطيع أن يطلبه الولى عليه أيضاً ، على أن طلب القاصر البطلان يسقط إذا هو لم يرفع الدعوى بطلبه في خلال الثلاث السنوات التالية لبلوغه سن الرشد (م ١٤٠ من القانون المدنى المصرى الحالى) .

ولا يمكن طلب البطلان إذا سبق أن صدرت إجازة هذا التصرف ممن يملك الإجازة كالولى إذا كان يملك إجراء هذا التصرف قانوناً ، وكذا المحكمة فيما يلزم موافقتها عليه من تصرفات ، والقاصر عند بلوغه .

أما إذا لم يتقرر بطلان التصرف بحكم بناء على طلب القاصر أو وليه ، فإن التصرف يظل صحيحاً منتجاً لكل آثاره ، ولا يبطل التصرف إلا بحكم

---

(١) انظر فى هذا المدخل للعلوم القانونية ص ٦١٦ طبعة ١٩٦٢ للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى .

من القاضى أو بالتراضى عليه وعلى ذلك فلا يكفى لإبطال العقد الذى عقده ناقص الأهلية أن يعلن القاصر من جانبه أو أن يعلن وليه البطلان أو رفض الإجازة ، كما لا يبطل العقد لرفض محكمة الأحوال الشخصية إجازته وإنما لا بد من رفع دعوى بالبطلان .

فإذا حكم ببطلان تصرف القاصر على النحو سالف البيان زال ما كان له من اثر ، ليس بالنسبة للمستقبل فقط ، بل بالنسبة للماضى أيضاً ، ويترتب على هذا أن ناقص الأهلية يكون له الحق فى استرداد ما دفعه ، ولكن المتعاقد الآخر لا يسترد من ناقص الأهلية إلا مقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد [1] . وقد نصت على ذلك المادة ٢/١٤٢ من التقنين المدنى المصرى الحالى فقالت : « ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذ أبطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد » .

ونحن نلاحظ أن المشرع المصرى وإن كان قد استقى من الشريعة الإسلامية التقسيم الثلاثى لتصرفات الصبى المميز واتفق معها فيما يتعلق بحكم تصرفاته الضارة به ضرراً محضاً وكذا تصرفاته النافعة نفعاً محضاً ، إلا أنه جعل تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال ، وهو فى هذا يخلط بين أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام الفقه الغربى ، وكان الأجدر به أن يسير فى فلك الشريعة الإسلامية إلى النهاية فيجعل الحكم واحداً كما استقى منها المسائل الموضوعية . فالأولى فى نظرنا أن يعتبر تصرف الصبى المميز فى التصرفات المترددة بين النفع والضرر موقوفاً على إجازة الولى أو الوصى نظراً له ومحافظة على أمواله [2] .

وبهذا الرأى أخذ المشرع فى التقنين المدنى العراقى فنصت المادة ٩٧ منه على انه : « يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان فى حقه نفع محض وإن لم يأذن به الولى ولم يجزه ، ولا يعتبر تصرفه الذى هو فى حقه ضرر محض

---

(١) انظر فى هذا المرجع السابق ص ٦١٧ / ٦١٨ .

(٢) انظر فى تأييد هذا الرأى أصول القانون للدكتور مختار القاضى ص ١٥٥ / ١٥٦ طبعة ١٩٦٨ م .

وإن أذن بذلك وليه وأجازه ، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على إجازة الولى فى الحدود التى يجوز فيها لهذا النظر ابتداء ».

المبحث الثانى

السفيه وذو الغفلة

المطلب الأول

تصرف السفيه وذى الغفلة فى الشريعة

يلحق بالصبى المميز السفيه وذو الغفلة ، ولهذا فإننا سنفرد لكل منهما فرعاً مستقلا .

الفرع الأول

تصرف السفيه فى الشريعة

السفه لغة الطيش وخفة العقل[1] . وشرعاً إضاعة المال وإنفاقه على خلاف مقتضى العقل والحكمة[2] .

وقد ألحق الفقهاء السفيه المحجور عليه فى تصرفاته المالية بالصبى المميز . وعلى هذا نصت المادة ٢٧٣ من مرشد الحيران فقالت : « المحجور عليه حجراً قضائياً بسفه وسوء تصرف فى ماله حكمه حكم الصبى المميز فى التصرفات التى تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل كالبيع والإجارة ونحوهما فلا تنفذ عقوده فيها إلا إذا أجازها القاضى فإن أجازها نفذت وإن ردها

---

(١) وفى المصباح المنير جـ ١ ص ٣٨٠ طبعة ١٩٢٥ م (السين مع الفاء وبما يثلثهما) سفه سفها من باب تعب وسفه بالضم سفاهة فهو سفيه . . والسفه نقص فى العقل وأصله الخفة .

(٢) عرفه الزيلعى فى كتابه تبيين الحقائق جـ ٥ ص ١٩٣ بأنه : « العمل بخلاف موجبه الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه العقل » .

بطلت . وإنما تصح تصرفاته التى لا تحتمل الفسخ كالنكاح والطلاق ، وفى الإنفاق على من تلزمه نفقتهم ، وفى وصاياه بالقرب من ثلث ماله إن كان له وارث كبالغ » . وهذا هو رأى الصاحبين أبى يوسف ومحمد من الحنفية فهما يريان الحجر على السفيه لأن فى ذلك نظراً إلى مصلحة نفسه وحفظاً لماله . أما الإمام أبو حنيفة[1] فهو لا يرى الحجر على السفيه ولو حجر عليه القاضى لم ينفذ حجره ، ولو تصرف بعد الحجر عليه تنفذ تصرفاته ، فالسفيه فى رأيه كالرشيد فى التصرفات المالية وغير المالية . والحكمة فى عدم الحجر عليه فى رأيه هو أن أهليته كاملة متى بلغ عاقلا إلا أنه لا يسير حسب العقل مكابرة منه وهو حر فى تصرفاته والحجر ينافى الحرية وفيه إهدار لآدميته وإنسانيته وهى أجل وأخطر من المال الذى يراد حفظه بالحجر عليه ، ولأن التصرف قد صدر من أهله مضافاً إلى محله فلا يمنع شىء من صحته ونفاذه .

وإذا كان الصاحبان يريان الحجر على السفيه فهل يصير محجوراً بذات السفه أم لا بد من قضاء القاضى بذلك ؟ . ذهب الإمام محمد بن الحسن إلى أن الحجر على السفيه يكون بذات السفه فكل تصرف يصدر منه بعد ثبوت السفه عليه لا يكون نافذاً حتى ولو لم يصدر حكم القضاء بالحجر لأن العلة

---

(١) جاء فى تبيين الحقائق للزيلعى ج ٥ ص ١٩٣ : « ولا يحجر عليه بسبب سفه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله فهو لا يرى الحجر على الحر البالغ بسبب السفه والدين والغفلة فى تصرفات لا تصح مع الهزل كالبيع والهبة والإجارة والصدقة ولا يحجر عليه فى غيرها كالطلاق . . . ولأن فى الحجر عليه إهداراً لآدميته وإلحاقاً له بالبهائم وهو أشد ضرراً من التبذير ولا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى ولم ير الإمام الحجر إلا على الطبيب الجاهل والمفتى الماجن وهو الذى يعلم الناس الحيل الباطلة كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها أو لتسقط عنها الزكاة ، والمكارى المفلس وهو الذى يؤجر الجمال وليس له جمال يحمل عليها وليس عنده مال يشترى به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون له الكراء ، فتذهب أموال الناس وتفوت حاجاتهم ودفع الضرر العام واجب وإن كان فيه إلحاق الضرر الخاص ، فالإمام يرى الحجر فى هذه الحالات الثلاث لدفع الضرر العام » . وانظر أيضاً البدائع للكاسانى ج ٧ ص ١٦٦/١٧١ ، والدر ورد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٩٧/٩٨ ، وشرح ابن ملك على مجمع البحرين لابن الساعاتى مخطوط رقم ٢٨ بدار الكتب المصرية ص ١٤٥/١٤٦ .

متى وجدت وجد معلولها بلا توقف على أمر آخر .

وذهب الإمام أبو يوسف إلى أنه لا بد من قضاء القاضي بالحجر على السفيه وكل تصرف يصدر منه قبل الحجر يكون صحيحاً نافذاً وذلك حتى لا يضار من يتعامل معه عن غير بينة ، ولأن فى الحجر عليه خلافاً بين الفقهاء فحسماً للخلاف يجب القضاء به ، كذلك فإن الحجر أمر متردد بين الضرر والنفع بالنسبة للمحجور عليه ، ولأن إهدار أهليته ضرر عليه وإبقاء ماله خير له فلا بد من القضاء لترجيح أحد الجانبين على الآخر[1] . وقد رجح ابن عابدين هذا الرأى وقال إن ظاهر كلام الأحناف ترجيح رأى أبى يوسف على رأى محمد[2] .

وتصرفات السفيه كتصرفات الصبى المميز تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

أولا : التصرفات النافعة نفعاً محضاً :

وهذه التصرفات كقبول الهبة والصدقة ويترتب عليها اغتناء للسفيه ، ولهذا فإنها تعتبر صحيحة نافذة ولا تتوقف على إجازة الولى لأنها محض منفعة فلا يجوز للولى أن يرفضها[3] .

---

(١) انظر فى هذا تبيين الحقائق للزيلعى ج ٥ ص ١٩٥/١٩٦ ، والبدائع ج ٧ ص ١٦٩ « كتاب الحجر » ، ومختصر الطحاوى ص ٩٧ — ٩٨ ، وانظر الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص ١٧٣ ، ومباحث الحكم عند الأصوليين للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٣٠٨ ومابعدها وانظر له أيضاً المدخل للفقه الإسلامى ص ٤٥٧ الطبعة الثانية ١٣٨١ هـ / ١٩٦٣ م .

(٢) ابن عابدين ج ٥ ص ٩٦ .

(٣) انظر فى نفس المعنى المادة ٩٩٠ من مجلة الأحكام العدلية ، والمبسوط للسرخسى ج ٢٤ ص ١٨٠ ، والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٤٥٨ — ٤٥٩ .

ثانيا : التصرفات الضارة ضرراً محضاً :

وهذه التصرفات كالوقف والهبة بدون عوض والإبراء من الدين . والسفيه لا يستطيع مباشرة هذه التصرفات ، لأن وليه لا يستطيع مباشرتها لما فيها من ضرر محقق من غير احتمال النفع .

وقد استثنى جمهور الفقهاء من ذلك الوصية فذهب الصاحبان أبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى أن وصية السفيه باطلة قياساً على سائر تبرعاته صحيحة استحساناً إذا كانت فى القرب وأبواب الخير ، ووجه الاستحسان أن المحجور عليه إنما حجر عليه لمعنى النظر له كى لا يتلف ماله ويبقى كلا على غيره وذلك فى حياته كما أن فيها ما فيها من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته بالجميل ، وهذه الوصية مقيدة بالثلث إن كان له وارث . هذا إذا كانت الوصية موافقة لوصايا اهل الخير والصلاح كالوصية بالحج أو بناء المساجد أو للمساكين . أما إذا كانت مما يستقبحه المسلمون فلا تنفذ[١] .

وذهب المالكية إلى أن وصية السفيه جائزة[٢] ويتفق معهم الشافعية[٣] فى قول . وعند الحنابلة تصح فى قول أكثر أهل المذهب وحكى أبو الخطاب من الحنابلة أنها لا تصح لأنه محجور عليه فى تصرفاته فلم تصح منه كالهبة[٤] .

ثالثاً : التصرفات المالية المترددة بين النفع والضرر :

ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن التصرفات المالية كالبيع والشراء

---

(١) انظر فى هذا تبيين الحقائق للزيلعى ج ٥ ص ١٩٨ .

(٢) انظر فى فقه المالكية بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٣٤ .

(٣) انظر فى فقه الشافعية المهذب للشيرازى ج ١ ص ٤٥٦ .

(٤) انظر المغنى والشرح الكبير ج ٦ ص ٤١٦ طبعة ١٣٤٧ هـ ففيه : « المحجور عليه للسفه تصح وصيته فى قياس قول أحمد وهو قول الأكثرين لأنه عاقل مكلف فصحت وصيته كالرشيد .. وفيه وجه آخر أنها لا تصح حكاه أبو الخطاب لأنه محجور عليه فى تصرفاته فلم تصح منه كالهبة . ولنا أنه عاقل مكلف فصحت وصيته كالرشيد ولأن وصيته محض مصلحة من غير ضرر لأنه إن عاش لم يذهب من ماله شىء وإن مات فهو محتاج إلى الثواب فصحت وصيته كعباداته » .

والإجارة التي يعقدها السفيه تعتبر صحيحة نافذة لأن السفيه ليس بمحجور عن التصرف أصلا فهو كالرشيد في سائر تصرفاته[١].

وذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية[٢] وكذا المالكية[٣] وفي إحدى الروايتين في المذهب الحنبلي[٤] وعند الشيعة الإمامية[٥] على رأي في المذهب،

---

(١) جاء في البدائع للكاساني ج ٧ ص ١٧١ : « وأما السفيه عند أبي حنيفة فليس بمحجور عن التصرفات أصلا وماله ومال الرشيد في التصرفات سواء لا يختلفان إلا في وجه واحد وهو أن الصبي إذا بلغ سفيهاً يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة ، وإذا بلغ رشيداً يدفع إليه ماله فأما في التصرفات فلا يختلفان حتى لو تصرف بعد مابلغ سفيهاً ومنع عنه ماله نفذ تصرفه كما ينفذ بعد أن دفع إليه المال عنده » .

(٢) جاء في البدائع في نفس الموضع السابق : « وأما عندهما فحكمه وحكم الصبي العاقل والبالغ المعتوه سواء فلا ينفذ بيعه وشراؤه وإجارته وهبته وصدقته وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتمل النقض والفسخ وأما فيما سوى ذلك فحكمه وحكم البالغ العاقل الرشيد سواء فيجوز طلاقه ونكاحه وإعتاقه وتجب عليه نفقة زوجاته وأقاربه » .

(٣) جاء في بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٣٣٤ : « فأما السفيه البالغ فجمهور العلماء على أن المحجور إذا طلق زوجته أو خالعها مضى طلاقه وخلعه إلا ابن أبي ليلى وأبا يوسف وخالف ابن أبي ليلى في العتق فقال إنه ينفذ وقال الجمهور إنه لاينفذ ، وأما وصيته فلا أعلم خلافاً في نفوذها ولاتلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ... وأما مايفعله بعوض فهو أيضاً موقوف على نظر وليه إن كان له ولي فإن لم يكن له ولي قدم له ولي فإن رد بيعه الولي وكان قد أتلف الثمن لم يتبع من ذلك بشيء وكذا إن أتلف عين المبيع » . وفي القوانين الفقهية لابن جزيء ص ١٨١ : « وكذا بيع السفيه والمحجور لاينفذ وشراؤه موقوف على نظر وليه » . وجاء في مواهب الجليل للحطاب ج ٥ ص ٦٢ : « تصرف المميز السفيه صغيراً كان أو بالغاً كلما كان بغير عوض فإنه مردود وما كان بعوض فهو موقوف على إجازة وليه » . وانظر أيضاً شرح الخرشي ج ٥ ص ٢٩٥ والبهجة في شرح التحفة ج ٢ ص ٢٧٩ .

(٤) جاء في المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٤٧٥ طبعة ١٣٦٧ هـ : « هل يصح تصرف السفيه بالبيع والشراء ؟ على وجهين : يصح لأنه عقد معاوضة فملكه بالإذن كالنكاح ولأنه عاقل محجور فصح تصرفه بالإذن كالصبي لأن الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه فلأن يصح تصرفه بالإذن ههنا أولى ولأنا لو منعنا تصرفه بالإذن لم يكن لنا طريق إلى معرفة رشده واختباره . والثاني : لايصح لأن الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه فإذا أذن له فقد أذن فيما لامصلحة فيه فلم يصح » .

(٥) انظر في فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملي ج ٥ ص ٢٧٤ .

إلى أن هذه التصرفات تنعقد موقوفة على إجازة وليه فإن أجازها نفذت وإلا بطلت .

وذهب الشافعية[١] ، وفى الرواية الأخرى عند الحنابلة[٢] والشيعة الإمامية[٣] إلى القول ببطلان تصرفات السفيه المالية المترددة بين النفع والضرر .

ومن ثم فإنه يتلخص لنا أن هناك آراء ثلاثة فى حكم تصرفات السفيه المالية المترددة بين النفع والضرر .

١ — قول بالنفاذ ، وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة رضى الله عنه .

٢ — قول بالوقف ، وإلى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية والمالكية ، وفى إحدى الروايتين فى المذهب الحنبلى وعند الشيعة الإمامية .

٣ — قول بالبطلان ، وإلى هذا ذهب الشافعية وكذا الحنابلة والشيعة الإمامية فى الرواية الأخرى عندهم .

دليل الرأى الأول :

استدل الإمام أبو حنيفة على القول بنفاذ تصرفات السفيه المالية وغير المالية بأن السفيه كالرشيد فأهليته كاملة متى بلغ عاقلا وهو حر فى تصرفاته ، والحجر عليه ينافى الحرية ، لأن فيه إهداراً لآدميته وإنسانيته وهى أجل وأخطر من المال الذى يراد حفظه بالحجر عليه ، لأن التصرف صدر من

---

(١) انظر فى فقه الشافعية نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج جـ ٤ ص ٣٥٤ طبعة ١٣٥٧ هـ/ ١٩٣٨ م بمطبعة الحلبى .

(٢) انظر فى فقه الحنابلة المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤٧٥ .

(٣) انظر فى فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملى جـ ٥ ص ٢٧٤ .

أهله مضافاً إلى محله فلا يمنع شيء من صحته ونفاذه[1] .

ويناقش هذا بأن قياس السفيه على الرشيد قياس مع الفارق ، فالسفيه مبذر لماله فاسد التدبير . أما الرشيد ذو الأهلية الكاملة فليس كذلك فافترقا . ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح .

أدلة الرأي الثاني :

١ — استدل القائلون بالوقف بأن السفيه فاسد التدبير ، وإرادته ضعيفة لا تقدر عواقب الأمور ، فرأى الشارع ضم رأيه إلى رأي وليه ، فإذا رأى في التصرف خيراً أجازه فنفذ وإن رفضه بطل[2] .

٢ — السفيه عاقل محجور عليه فصح تصرفه بالإذن فيه كالصبي ، ولأن الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه ، فإذا صح تصرف الصبي مع الإذن فلأن يصح هنا يكون من باب أولى ، ولأنه لو قلنا بمنع تصرفه بالإذن لم يكن هناك سبيل لمعرفة رشده واختباره[3] .

ويناقش هذا بأن قياس السفيه على الصبي المميز قياس مع الفارق ، إذ أن علة الحجر على الصبي المميز هي نقص أهليته وعدم كمال تمييزه ، أما بالنسبة للسفيه فهي تبذيره لماله . هذا فضلا عن أن حكم الأصل وهو تصرف الصبي المميز غير متفق عليه ، فمن الفقهاء من يقول ببطلانه ، ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح .

٣ — تصرف السفيه ينعقد موقوفاً على إجازة وليه ، محافظة على أمواله

---

(١) انظر البدائع للكاساني ج ٧ ص ١٦٩ — ١٧٠ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ج ٥ ص ١٩٣ ، ورد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٩٧ — ٩٨ .

(٢) انظر البدائع للكاساني ج ٧ ص ١٧١ والفتاوى الهندية ج ٥ ص ٦١ .

(٣) انظر في هذا المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٤٧٥ .

وذلك قياساً على القول بوقف نفاذ تصرف الفضولى[١] .

ويناقش هذا بأن قياس وقف تصرفات السفيه على الفضولى قياس مع الفارق فالعلة فى القول بوقف نفاذ الأولى على إجازة وليه هو تبذير السفيه وعدم تدبيره لعواقب الأمور . أما بالنسبة للفضولى فالعلة فى وقف تصرفاته، هو عدم ولايته فى التصرف ، إذ أنه غير مالك للشىء الذى تصرف فيه ، ولصدور التصرف دون إذن شرعى من صاحب الشأن فيوقف على إجازته لمنع الضرر عنه . هذا فضلاعن أن حكم الأصل غير متفق عليه فمن الفقهاء من يقول ببطلان تصرفات الفضولى، وشرط القياس الأصولى أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه فيكون القياس غير صحيح .

أدلة الرأى الثالث :

١ — استدلوا بقوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم »[٢] . وقوله جل شأنه : « فإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل »[٣] .

ووجه الدلالة من هاتين الآيتين أن السفيه مبذر لماله متلف له ، فيجب أن تناط تصرفاته بوليه لأن النظر للولى واجب . فإذا عقد تصرفاً من التصرفات المالية دون إذن وليه كان تصرفه باطلا .

٢ — تصرف السفيه كتصرف الصبى المميز، ينعقد كل منهما باطلا، لأن

---

(١) انظر فى هذا مفتاح الكرامة للعاملى ج ٥ ص ٢٧٤ .

(٢) سورة النساء آية ٥ ج ٤، وانظر فى تفسير هذه الآية أحكام القرآن لابن العربى ج ١ ص ٣١٨ .

(٣) سورة البقرة آية ٢٨٢ ج ٣ . وانظر فى تفسير هذه الآية أحكام القرآن لابن العربى ج ١ ص ٢٤٩ .

الصبي إنما حجر عليه لنقص أهليته ولتوهم التبذير، أما السفيه فقد تحقق منه، ولهذا يمنع عنه ماله ابتداء من باب أولى، ولأن الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه، فإذا أذن له فقد أذن فيما لا مصلحة فيه فلم يصح[1].

ويناقش هذا بأن قياس السفيه على الصبي المميز قياس مع الفارق، لاختلاف العلة في الحجر عليهما كما هو واضح، هذا فضلا عن أن حكم الأصل وهو تصرف الصبي المميز غير متفق عليه فمن الفقهاء من يقول بوقفه، ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح.

ونحن إذا تأملنا في آراء الفقهاء وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات، فإنه يترجح لنا الرأي القائل بالوقف، لأنه يحقق الحماية للسفيه، فلا ينفذ أي تصرف من تصرفاته المالية إلا إذا رأى الولي فيه نفعاً له.

الفرع الثاني

تصرف ذي الغفلة في الشريعة

ذو الغفلة[2] هو من لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة فيغبن في البياعات لسلامة قلبه، فهو لا يقصد في تصرفاته إلى إضاعة أمواله لسوء تصرف كالسفيه.

وقد ألحق الفقهاء في الحكم تصرفات ذي الغفلة بتصرفات السفيه.

---

(١) انظر في فقه الشافعية نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج جـ ٤ ص ٣٥٤ طبعة ١٣٥٧هـ/ ١٩٣٨م بمطبعة الحلبي. وانظر في فقه الحنابلة المغني جـ ٤ ص ٤٧٥.

(٢) جاء في المصباح المنير جـ ٢ ص ٦١٥ — ٦١٦ طبعة ١٩٢٥: (الغين مع الفاء وما يثلثهما): «الغفلة غيبة الشيء عن بال الإنسان وعدم تذكره له وقد استعمل فيمن تركه إهمالا وإعراضاً كما في قوله تعالى: «وهم في غفلة معرضون». وذو الغفلة من ليس له فطنة».

فأجاز الصاحبان ومالك والشافعي وابن حنبل الحجر عليه ما داموا يجيزون الحجر على السفيه ، وقد خالفهم الإمام أبو حنيفة فلم يجز الحجر عليه كالسفيه[1].

وقد استدل مجيزو الحجر عليه بقوله تعالى : « فإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل » . وقالوا إن المقصود بقوله تعالى : « أو ضعيفاً » — فى الآية — هو ذو الغفلة[2] .

وحكم تصرفات ذى الغفلة المحجور عليه ، سواء منها ما كان ضاراً ضرراً محضاً أو نافعاً نفعاً محضاً أو متردداً بين النفع والضرر ، يكون كحكم تصرفات السفيه المحجور عليه.

غير أننا نلاحظ أن هناك خلافاً بين كل من السفيه وذى الغفلة ، فعلة الحجر على السفيه هى سوء تصرفه فى ماله وتبذيره وإنفاقه على خلاف مقتضى العقل والحكمة . أما علة الحجر على ذى الغفلة ، فهى عدم اهتدائه

---

(١) انظر فى هذا تبيين الحقائق للزيلعى ج ٥ ص ١٩٨ ففيه : « لا يحجر على الغافل بسبب غفلته وهو ليس بمفسد ولا يقصده لكنه لا يهتدى إلى التصرفات الرابحة فيغبن فى البياعات لسلامة قلبه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد والشافعى يحجر عليه كالسفيه صيانة لماله » . وانظر أيضاً الفتاوى الهندية ج ٥ ص ٦٠ طبعة ١٣٠٠ هـ .

(٢) انظر فى هذا المعنى تفسير القرطبى ج ٣ ص ٣٨٥ — ٣٨٧ مطبعة دار الكتب المصرية ١٩٣٨ م ففيه بيان بأن الضعيف فى آية فإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً هو ذو الغفلة وأن ابن حنبل قال بالحجر عليه وهو مذهب مالك على الصحيح ، وانظر الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للشيخ أحمد ابراهيم ص ١٧٢ وما بعدها ، والمعاملات فى الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد أبى الفتح ج ١ ص ١٤٧ ، وانظر المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٤٥٧ فقد جاء فيه : « ذو الغفلة هو من لا يهتدى إلى التصرفات الرابحة بسبب البساطة وسلامة القلب مما يؤدى إلى غبنه فى المعاملات المالية . ومع هذا فلا فرق بينه وبين السفيه فى الحكم » . وانظر له أيضاً مباحث الحكم عند الأصوليين ص ٣٢٤ .

إلى التصرفات الرابحة وغبنه لسلامة قلبه وضعف إدراكه . ومن ثم فإن القياس يكون مع الفارق .

ونحن نكتفي بما سبق أن قلناه في تصرفات السفيه لأن الفقهاء قد ألحقوا تصرفات ذى الغفلة به من حيث الحكم .

ونبين فيما يلى حكم تصرفاتهما فى القانون .

المطلب الثانى

تصرف السفيه وذى الغفلة فى القانون

يلحق بالصبى المميز فى فقه القانون كل من السفيه وذى الغفلة ، وعلى هذا نصت المادة ١١٥ من التقنين المدنى المصرى الحالى فى فقرتها الأولى فقالت : « إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام » . فذو الغفلة والسفيه يحجر عليهما وينصب لهما قيم ، وتكون أهليتهما بعد تسجيل قرار الحجر ناقصة كأهلية الصبى المميز ، فيصح منهما التصرف النافع نفعاً محضاً كقبول الهبة ، ويبطل التصرف الضار بهما ضرراً محضاً كالهبة ، ويكون قابلا للإبطال تصرفهما المتردد بين النفع ، والضرر كالبيع والإجارة ، وقد استثنى القانون من التصرفات الثانية نوعين من التصرفات هما الوقف والوصية فهما يكونان صحيحين إذا صدرا منهما وأذنتهما المحكمة فى ذلك . وعلى هذا نصت المادة ١١٦ فى فقرتها الأولى فقالت : « يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة فى ذلك » .

كذلك فإنه يجوز لكل منهما أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها، وهذا ما نصت عليه المادة ١١٦ فى فقرتها الثانية فقالت : « وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » .

هذا هو حكم تصرفاتهما بعد تسجيل قرار الحجر . أما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فهى فى الأصل صحيحة ، وذلك لأن انتقاص الأهلية لا يثبت إلا بحكم القاضى بالحجر ، وهذا يتفق مع رأى الإمام أبى يوسف، خلافاً لرأى الإمام محمد الذى يذهب إلى أن الحجر للسفه يثبت بقيام السبب نفسه وهو السفه لا بحكم القاضى . ولا يسرى القرار الصادر بالحجر فى حق الغير إلا من وقت تسجيل قرار الحجر ، ولا يمكن للغير أن يحتج بعدم علمه بالحجر متى كان القرار مسجلا [1] .

وقد استثنى القانون من صحة تصرفات السفيه وذى الغفلة الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر حالتين هما حالة التواطؤ ، والاستغلال وعلى هذا نصت المادة ٢/١١٥ من التقنين المدنى المصرى الحالى فقالت : « أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » .

وينصب على كل من السفيه وذى الغفلة قيم ، وولاية القيم على أموالها تكون كولايته على مال المجنون والمعتوه وكالولاية على مال القاصر ، وعلى هذا نصت المادة ٦٥ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن أحكام الولاية على المال فقالت : « يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو العته أو

(١) انظر فى هذا الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى ج ١ ص ٢٨٣ — ٢٨٤ طبعة ١٩٥٢ م .

للسفه وللغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيماً لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة فى هذا القانون »[١] .

مدى الاتفاق والاختلاف بين أحكام الشريعة والقانون فى حكم تصرفات السفيه وذى الغفلة

يتفق الفقه القانونى مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من ضرورة الحجر على السفيه وذى الغفلة محافظة على مالها ، ولم يخالف فى ذلك إلا الإمام أبو حنيفة .

غير ان القانون لم يعتبر التصرف الصادر منهما قابلا للإبطال إلا بعد تسجيل قرار الحجر ، أو إذا كان التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر نتيجة استغلال أو تواطؤ .

أما فقهاء الشريعة فهم ليسوا على اتفاق فى هذا ، فعند الإمام أبى يوسف السفه والغفلة لا يثبتان إلا بحكم القاضى . أما الإمام محمد فهو يذهب إلى أن الحجر يثبت بذات السفه أو الغفلة لا بحكم القاضى[٢] .

ونحن نرى أنه وإن كان رأى أبى يوسف رأى له وجاهته لانضباطه ، إلا أننا نرجح قول الإمام محمد ؛ لأن فى العمل به نظراً للسفيه وذى الغفلة

---

(١) والحكمة فى الحجر على كل من ذى الغفلة والسفيه هو المحافظة على أموالهما) . انظر فى هذا المعنى حكم محكمة النقض فى ١٩٥٤/١٢/٢٣ مجموعة أحكام النقض س ٦ رقم ٤٩ ص ٣٨٦ فقد جاء فيه « الحكمة فى توقيع الحجر بسبب الغفلة هو المحافظة على مال المحجور عليه حتى لا يصبح عالة على المجتمع وكذلك المحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كمصالح الدائنين » .

(٢) ويترتب على القول بأن الحجر لا يثبت إلا بحكم أن تصرفات السفيه تكون نافذة قبله ، أما لو قلنا إنها تثبت بذات السفه فإنها تنعقد موقوفة بالسفه ذاته ولا داعى للقضاء لأن العلة تدور مع معلولها وجوداً وعدماً .

ومحافظة على أموالها من الضياع ، فقد يتوقعان الحجر عليهما فيعمدان إلى التصرف فى أموالها إلى من يتواطآن معه على ذلك ، وهذا ما نص عليه المشرع فى التقنين المدنى المصرى الحالى فى المادة ٢/١١٥ على النحو السالف البيان .

وبرأى الفقه الإسلامى فى القول بوقف تصرفات السفيه وذى الغفلة المالية ، أخذ المشرع فى التقنين المدنى العراقى فنصت المادة ١٠٩ فى فقرتها الأولى منه على أن : « السفيه المحجور فى المعاملات كالصغير المميز ولكن ولى السفيه المحكمة أو وصيها فقط وليس لأبيه وجده ووصيهما حق الولاية عليه ، أما تصرفات السفيه التى وقعت قبل قرار الحجر فهى كتصرفات غير المحجور إلا إذا كان التصرف وقع غشاً بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفيه توقعاً للحجر عليه » . فهو قد اعتبر حكم تصرفات السفيه كتصرفات الصبى المميز وقد سبق الإشارة إلى أن الأخيرة موقوفة على الإجازة[1] ممن يملكها شرعاً .

ونص فى المادة ١١٠ على ما يأتى : « ذو الغفلة حكمه حكم السفيه » . وحسناً فعل المشرع العراقى فى القول باعتبار تصرفاتهما موقوفة على إجازة القيم عليهما ، وحبذا لو أخذ المشرع عندنا بهذا الرأى سيما وأنه قد استقى المسائل الموضوعية المتعلقة بتصرفاتهما وكذا تصرفات الصبى المميز من الفقه الإسلامى، ولكنه جعل الحكم هو قابلية التصرف للإبطال أخذاً من الفقه الغربى وهذه نتيجة لا تتفق مع ما سار فيه القانون الشريعة الإسلامية حين اقتبس منها المسائل الموضوعية كما ذكرنا .

---

(١) انظر المبحث الأول من هذا الفصل تحت عنوان « تصرفات الصبى المميز فى القانون » .

الفصل الثانى

تصرف معيب الإرادة

تمهيد :

العيوب التى تشوب إرادة العاقد فى فقه الشريعة الإسلامية هى نفسها العيوب التى نص عليها المشرع فى التقنين المدنى المصرى الحالى .

وهذه العيوب هى الإكراه والغلط والتدليس والاستغلال أو الغبن فى الفقه الإسلامى .

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فى حكم تصرفات المكره، فمن قائل إنها فاسدة ، ومن قائل إنها باطلة ، ومن قائل إنها موقوفة .

أما فى عيوب الإرادة الأخرى كالغلط والتدليس والغبن فقد جعل الفقهاء الحكم فيها هو عدم اللزوم ، وللمتعاقد الذى شاب إرادته عيب منها حق الخيار لفوات الوصف المرغوب ، أو لعدم سلامة إرادته إذا شابها تدليس أو غبن أو غلط .

أما فى فقه القانون المدنى فقد جعل المشرع حكم تصرف معيب الإرادة واحداً وهو قابلية العقد للإبطال .

وفى التقنين المدنى العراقى جعل المشرع الحكم فيها هو الوقف على الإجازة أخذاً بفكرة العقد الموقوف من الفقه الإسلامى .

ونبين فيما يلى حكم تصرف المكره بالبيع ، ثم نشير إلى حكم عيوب الإرادة الأخرى غير الإكراه مع بيان ما أخذ به المشرع فى التقنين المدنى العراقى فى هذا الشأن .

المبحث الأول

تصرف المكره بالبيع

المطلب الأول

تصرف المكره بالبيع فى الشريعة

الإكراه فى اللغة حمل الغير على أمر لا يرضاه[١].

وفى الاصطلاح حمل الغير على أمر كان يمتنع عنه قبل الإكراه بسبب تخويف المكره وغلبة ظن المكره أن يقع عليه ما هدد به[٢].

ونبين فيما يلى آراء أئمة الفقه الإسلامى فى حكم بيع المكره، وهو من التصرفات الهامة التى قد يكره الشخص على مباشرتها:

ذهب الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إلى أن بيع المكره فاسد، لأن ركن البيع وهو المبادلة صدر من أهل البيع فى محل قابل له، فأفاد الملك

---

(١) جاء فى المصباح المنير ج ٢ ص ٧٣ الطبعة السادسة الأميرية ١٩٢٥ م (الكاف مع الراء وما يثلثهما) : « أكرهته على الأمر إكراهاً حملته عليه قهراً يقال فعلته كرهاً بالفتح أى إكراهاً وعليه قوله تعالى : « طوعاً أو كرهاً ». فقابل بين الضدين قال الزجاج كل ما فى القرآن من الكره بالضم فالفتح جائز إلا قوله تعالى فى سورة البقرة : « كتب عليكم القتال وهو كره لكم » .

(٢) جاء فى المبسوط للسرخسى ج ٢٤ ص ٣٨ — ٣٩ : « الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تعدم به الأهلية فى حق المكره أو يسقط عنه الخطاب لأن المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب ... ولذلك لا ينعدم أصل القصد والاختيار بالإكراه وكيف ينعدم ذلك وإنما طلب منه أن يختار أهون الأمرين عليه » وانظر فى بيان حقيقة الإكراه وأركانه وشروطه بحثاً قيماً لأستاذنا محمد زكريا البرديسى بعنوان : « الإكراه بين الشريعة والقانون » ، منشور بمجلة القانون والاقتصاد العدد الثانى السنة الثلاثون ١٩٦٠ م .

عند التسليم ، كما فى سائر البيوع الفاسدة ، ولا فرق سوى أن المفسد هناك لمكان الجهالة أو الربا أو غير ذلك وهنا الفساد لعدم الرضا ، فكان الرضا شرطاً للصحة لا شرطاً للحكم ، وانعدام شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم كما فى البيوع الفاسدة الأخرى لغير الإكراه ، كما أنها لا تلحقها الإجازة لأن فسادها لحق الشرع كحرمة الربا وغير ذلك فلا يزول برضا العبد ، وههنا الفساد لحق العبد وهو عدم رضاه فيزول بإجازته ورضاه[1] .

وقد نصت على هذا المادة ٢٩٧ من مرشد الحيران فقالت: «عقد المكره ينعقد فاسداً لا باطلا فيقبل الإجازة فإن أجازه المكره بعد زوال الخوف صراحة أو دلالة ينقلب صحيحاً » . ونصت المادة ٢٩٨ على أن : « عقود المكره لا يتوقف نفاذها على إجازته بعد زوال الإكراه بل تنفذ بلا توقف وتفيد الملك بالقبض ، فإن كان المكره عليه عقد بيع يملك المشترى المبيع بقبضه ملكا فاسداً ، ويصح فيه كل تصرف من التصرفات التى لا يمكن نقضها وتلزم قيمته ويكون للبائع مكرهاً الخيار إن شاء ضمن المكره له على البيع قيمته يوم تسليمه إلى المشترى وإن شاء ضمن المشترى قيمته يوم قبضه أو يوم أحدث فيه تصرفاً لا يحتمل النقض » .

وذهب الإمام زفر من الحنفية إلى أن بيع المكره موقوف ، لأن الرضا شرط البيع وقد فات الرضا بالإكراه فأصبح البيع موقوفاً على إجازة

---

(١) جاء فى تبيين الحقائق الزيلعى جـ ٥ ص ١٨٢ — ١٨٣ : « ويثبت به الملك عند القبض للفساد أى يثبت بالبيع أو بالشراء مكرهاً الملك للمشترى لكونه فاسداً كسائر البياعات الفاسدة فقال زفر رحمه الله يثبت به الملك لأنه بيع موقوف وليس بفاسد ، ألا ترى أنه لو أجاز بغير زوال الإكراه جاز ولو كان فاسداً لما جاز لأن الفاسد لا يجوز بالإجازة ولا يرتفع الفساد به ، والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك بالقبض كما لو باع بشرط الخيار وسلمه إلى المشترى فإنه لا يملك بالقبض ويرى الأحناف أن ركن البيع وهو الإيجاب والقبول صدر من أهله مضافاً إلى محله والفساد لعدم شرطه وهو التراضى وفوات الشرط تأثيره فى فساد العقد كالمساواة فى الأموال الربوية فإنها شروط فيها لجواز البيع وفواتها يوجب الفساد والتوقف» .

المكره كبيع الفضولى(١) .

وهناك رأى آخر فى الفقه الحنفى يذهب إلى أن بيع المكره فاسد موقوف ، وليس موقوفاً فقط كبيع الفضولى(٢).

ولعل ملحظهم فى ذلك، أن العقد الموقوف يتفق مع بيع المكره فى أنه ترد على البيع إجازة العاقد المكره وهو البائع بعد زوال حالة الإكراه — قبل القبض وبعده — فينقلب البيع صحيحاً لأن الفساد فيه لحق البائع لا لحق الشرع ، وفى هذا يختلف عن البيع الفاسد لغير الإكراه فلا ترد عليه الإجازة أصلا لأن الفساد فيه لحق الشرع(٣) .

---

(١) جاء فى البدائع ج ٧ ص ١٨٦ : « وأما النوع الذى يحتمل الفسخ فالبيع والشراء والهبة والإجارة ونحوها فالإكراه يوجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وعند زفر رضى الله عنه يوجب توقفها كبيع الفضولى » . وانظر المبسوط للسرخسى ج ٢٤ ص ١٣٨ وما بعدها (كتاب الإكراه) ، وفتح القدير ج ٧ ص ٢٩٢ وما بعدها وانظر مقال الأستاذ محمد زكريا البرديسى السالف الذكر عن الإكراه والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٥٥٢ — ٥٥٣ الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٣ م .

(٢) جاء فى رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ٤ الطبعة الثالثة الأميرية ١٣٢٥ هـ : « ويخرج بيع المكره مع أنه منعقد لخروجه على مبدأ الرضائية واعترض فى البحر بأن بيع المكره فاسد موقوف لاموقوف فقط كبيع الفضولى كما يفهم من كلام شارح النقاية قلت لكن قدمنا أن الموقوف من قسم الصحيح ومقتضاه أن بيع المكره كذلك لكن صرحوا فى كتاب الإكراه أنه يثبت به الملك عند القبض للفساد فهو صريح فى أنه فاسد ، وإن خالف بقية العقود الفاسدة فى أربعة صور وأفاد فى المنار وشرحه أنه ينعقد فاسداً لعدم الرضا الذى هو شرط النفاذ وأنه بالإجازة يصح ويزول الفساد وبه علم أن الموقوف على الإجازة صحته فصح كونه فاسداً موقوفاً وظهر أن الموقوف منه فاسد كبيع المكره ومنه صحيح كبيع عبد أو صبى محجورين وأمثلته كثيرة ستأتى فى باب بيع الفضولى والحاصل أن الموقوف مطلقاً بيع حقيقة والفاسد بيع أيضاً وإن توقف حكمه وهو الملك على القبض فلا يناسب ذكر التراضى فى التعريف ولذا قال فى الفتح إن التراضى ليس جزء مفهوم البيع الشرعى بل شرط ثبوت حكمه شرعاً أى لأنه لو كان جزء مفهومه شرعاً لزم أن يكون بيع المكره باطلا وليس كذلك بل هو فاسد كما علمت .... والتعريف شامل للفاسد بسائر أنواعه كما ذكره فى النهر لأنه بيع حقيقة وإن توقف حكمه على القبض فالتقييد بالتراضى لإخراج بعض الفاسد وهو بيع المكره غير مرض » .

(٣) جاء فى حاشية ألوانى على الدرر شرح الغرر لمنلاخسرو (باب الإكراه) مخطوط رقم =

كذلك يتفق بيع المكره مع العقد الموقوف ، فى انقطاع حق العاقد غير المكره وهو المشترى فى الفسخ بعد القبض فيلزمه البيع إذا قبض المبيع ، لأن رضاه لم يفت إذ لم يشبه إكراه والذى فات هو رضاء البائع ، ولذلك يملك الفسخ بعد القبض ، كما يملك الإجازة . أما فى البيع الفاسد لغير الإكراه فيحق لكل من العاقدين فسخه حتى بعد القبض ، ولا ينقطع حق الفسخ إلا بتصرف المشترى أو بتغيير المبيع .

ويتفق أيضاً بيع المكره مع العقد الموقوف فى أنه إذا تصرف المشترى فى المبيع تصرفاً قابلا للفسخ لم ينقطع حق البائع فى الفسخ ، فإذا ما فسخ استرد المبيع من أى يد مهما تداولته الأيدى . أما فى البيع الفاسد لغير الإكراه ففيه إذا تصرف المشترى فى المبيع انقطع حق البائع فى الفسخ ، لأن الفسخ كان بسبب الجهالة أو الربا أو غير ذلك ، وقد زال ذلك بتصرف المشترى فيبطل حق الفسخ[1] .

= ١١٤٢ بدار الكتب المصرية ورقة رقم ١٤٢ : «إن قيل إن كان بيع المكره فاسداً لم يصح بإجازة المالك قلنا : لبيع المكرة شبهان : شبهه بالبيع الموقوف وشبهة بالبيع الفاسد ، فمن حيث أنه يشبه البيع الموقوف أنه يصح بإجازة المالك ومن حيث أنه يشبه الفاسد يفيد الملك بالقبض عملا بالشبهين ، وإن قبض الثمن أو سلم المبيع مكرهاً لا ينفذ » .

(١) انظر فى إيراد أوجه الاتفاق المذكورة المعاملات الشرعية الإسلامية للأستاذ أحمد أبى الفتح ص ١٧٦ طبعة ١٣٢٢ هـ/١٩١٤ م . وجاء فى بحث الإكراه لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ٧٨٢ المنشور بمجلة القانون والاقتصاد فى بيان التفرقة بين العقد الفاسد بسبب الإكراه وبسبب غيره كالربا : « إن الفساد بسبب الربا إنما هو لحق الله تعالى حيث قد اشتمل العقد على الزيادة المشروطة التراضى عليها بلا عوض وقد نهى عنها الشارع . فالفساد فى بيع الربا لنهى الشارع عن الزيادة الموجودة فى أحد العوضين المتحدين فى الجنس ، فإذا تصرف المشترى بعد القبض فى المبيع الذى لحقه الربا لآخر تعلق به حق المشترى الجديد وقبل ذلك تعلق به حق الله فينفذ التصرف فى هذه الحالة لأن حق العبد مقدم على حق الله لاستغناء الله واحتياج العبد . وأما الفساد فى البيع بسبب الإكراه فذلك لحق العبد محافظة على إرادته ورضاه حتى لا يلزم بما لا يرضى الالتزام به من المعاملات ، فإذا ما تصرف المشترى فى العين المبيعة المكره على بيعها تعلق بها حق العاقد الجديد فيتعارض حقه الذى يقتضى نفاذ البيع مع حق المكره الذى يقتضى الفساد وهما حقان متساويان فيرجح حق المكره لأولويته بملكه فلا ينفذ التصرف وللمكره حق استرداد المبيع » .

وبالرغم من أن كلا من العقد الموقوف وبيع المكره يتفقان فى المسائل المتقدمة ، إلا أنه لا يمكن القول مع هذا بأن بيع المكره فاسد موقوف لأن معنى ذلك أن يكون للعقد وصفان فى وقت واحد وهذا غير صحيح لأن العقد إما موقوف وإما فاسد ، فلكل منهما مجال مستقل عن الآخر فلا يجب الخلط بينهما .

وذهب المالكية إلى أن تصرف المكره بالبيع ينعقد غير لازم ، فيكون للعاقد المكره الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه[1] .

وقد ورد فى بعض النصوص ما يفيد أن تصرف المكره بالبيع ونحوه يعتبر باطلا[2] .

وذهب الشافعية إلى أن تصرف المكره بالبيع ينعقد باطلا ، فالإكراه يعدم الرضا ويضاد الاختيار الصحيح المعتبر شرعاً ، والتصرف لا ينعقد إلا بكلام يصدر عن قصد واختيار معتبر شرعاً . فالإكراه يبطل التصرف والباطل والفاسد عندهم سواء[3] .

---

(١) جاء فى شرح الخرشى على متن خليل جـ ٥ ص ١٠ : « والمعنى أن شرط لزوم البيع أن يصدر من مكلف وهو الرشيد الطائع فإن صدر من غيره كصبي أو سفيه أو مكره لم يلزم ... وسواء علم المشترى بأنه مكره أم لا » .

وفى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٦ : « وأما الإكراه على البيع فهو غير لازم ويرد المبيع إن شاء البائع بالثمن قولا واحداً » . وفى شرح الزرقانى وبهامشه حاشية البنانى جـ ٥ ص ٨ — ٩ : « الإكراه على البيع يصح ولا يلزم فى الجبر على البيع إجماعاً ولا على سببه لقوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » . وقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه » .

(٢) جاء فى القوانين الفقهية لابن جزىء ص ٢٣٨ : « الثالث (من شروط البيع) أن يكونا طائعين فإن بيع المكره وشراءه باطلان ، وإذا أكره الرجل على غرم مال بغير حق فيباع فيه شىء من ماله لم يجز البيع » .

(٣) جاء فى المجموع شرح المهذب جـ ٩ ص ١٥٨ : « فأما المكره فإن كان الإكراه بغير حق لم يصح بيعه لقوله تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة =

ويتفق مع الشافعية الحنابلة ، فقد ذهبوا إلى القول ببطلان تصرف المكره وهذا هو المذهب عندهم ، على أن هناك قولا فى المذهب بأنه ينعقد نافذاً غير لازم[١] .

ويقرر الشيعة الزيدية أيضاً أن تصرف المكره بالبيع ونحوه يعتبر باطلا ، إذا كان الإكراه بغير حق فإن كان بحق فلا يبطل، غير أنهم يقولون باحتمال ورود الإجازة على تصرف المكره إذا أجازه مختاراً وهو فى هذه الحالة يشبه التصرف الموقوف[٢] .

ونحن نخلص مما تقدم أن هناك آراء ثلاثة فى حكم بيع المكره فى الفقه الإسلامى :

١ — رأى يقول بالبطلان وإلى هذا جنح الشافعية والحنابلة والمالكية على رأى فى المذهب .

= عن تراض منكم » . وروى أبو سعيد الخدرى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إنما البيع عن تراض » فدل على أنه لابيع عن غير تراض ولأنه بيع أكره عليه بغير حق فلم يصح » . وفى نفس المرجع ج ٩ ص ١٥٩ : « فالتصرفات التى يكره عليها بغير حق باطلة سواء الردة والبيع والإجارة وسائر المعاملات والنكاح والخلع والطلاق والإعتاق وغيرها ، وأما ما أكره عليه بحق فهو صحيح » . وفى نهاية المحتاج للرملى ج ٥ ص ٧١ — ٧٢ : « ولا يصح إقرار مكره بما أكره عليه بغير حق » لقولة تعالى : « إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » . فقد جعل الإكراه مسقطاً لحكم الكفر فبالأولى ما سواه كأن ضرب ليقر » .

(١) جاء فى الإنصاف للمرداوى ج ٤ ص ٢٦٥ : « فإن كان أحدهما مكرهاً لم يصح هذا البيع هذا هو المذهب بشرطه وعليه الأصحاب ، وقال فى الفائق ويحتمل الصحة وثبوت الخيار عند زوال الإكراه » . وفى كتاب نيل المآرب بشرح دليل الطالب ص ٩٩ : « لا يصح بيع المكره بغير حق » .

(٢) جاء فى كتاب المنتزع المختار فى فقه الشيعة الزيدية ج ٣ ص ٣ (كتاب البيع) : « أن يصدر الإيجاب من مختار فلا ينعقد من المكره سواء باع أم اشترى من المكره أم من غيره وسواء باع بقيمته أم بأقل إلا أن يكره بحق كأن يكرهه الحاكم على البيع للدين ونحو ذلك ... ولو أجاز ماباعه فى حال الإكراه مختاراً احتمل أن تصح إجازته لأنه كالموقوف واحتمل أن لاتلحقه الإجازة » .

٢ — رأى يقول بالوقف وإلى هذا ذهب زفر من الحنفية .

٣ — رأى يقول بالفساد وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة وصاحباه أبو يوسف ومحمد .

أدلة الرأى الأول :

احتجوا على القول بالبطلان بالنص وبالمعقول .

١ — النص : احتجوا بالقرآن وبالسنة .

(ا) القرآن : استدلوا بقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »(١) . ووجه الدلالة أن هذا النص عام فلفظ التجارة يشمل البيع وغيره من المعاملات المالية ، فإذا كان البيع قد تم بالإكراه فإن العقد يكون غير صحيح ، لأن الإكراه يعدم الرضا فلا يستتبع العقد أثره .

(ب) السنة: استدلوا من السنة بما روى أبو سعيد الخدرى من أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إنما البيع عن تراض »(٢) .

ووجه الدلالة على بطلان بيع المكره من هذا الحديث أنه لا بيع عن غير تراض ، ولما كان الإكراه يعدم الرضا فيكون البيع غير صحيح .

٢ — المعقول :

قاس الجمهور بيع المكره على بيع الهازل بجامع أن كل منهما لا يقصد معنى البيع ، فكما أن بيع الهازل يعتبر باطلا ، فكذلك بيع المكره فلا يفيد

---

(١) سورة النساء آية ٢٩ جـ ٥ ، وانظر فى إيراد هذا الدليل المجموع شرح المهذب جـ ٩ ص ١٥٨ .

(٢) انظر فى تخريج هذا الحديث ابن ماجه فى سننه جـ ٢ ص ١٥ .

العقد الملك ولو بعد القبض ، ولا ينقلب صحيحاً بإجازة المكره بعد زوال حالة الإكراه .

ويناقش هذا بأن قياس بيع المكره على بيع الهازل قياس مع الفارق ، فالهازل مختار للفظ ولكنه لا يريد الحكم ، أما المكره فغير مختار فى التكلم ، أى ليس له اختيار صحيح معتبر شرعاً ، والإكراه يضاد الاختيار ، كما أن الهازل ضد الجاد ، أما المكره فهو يتكلم بالجد لأنه يجيب إلى ما دعى إليه ، ولكنه غير راض بحكمه[1] . هذا فضلا عن أن حكم الأصل وهو بيع الهازل غير متفق عليه ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح .

دليل الرأى الثانى :

احتج القائلون بالوقف بالقياس على بيع الفضولى ، فيقولون بيع المكره كبيع الفضولى ، فكما أن بيع الفضولى يتوقف على إجازة المالك فكذلك بيع المكره .

فالرضا شرط فى صحة العقد لا فى انعقاده ، حتى لو أجاز المكره ما أكره عليه بعد زوال الإكراه أصبح العقد صحيحاً ، وقبل الإجازة لا يصح العقد ، ولا يفيد الملك ولو قبض المشترى المبيع المكره على بيعه[2] .

وبالإمعان فى هذا القياس والتأمل فيه ، نجده قياساً مع الفارق فالبيع من الفضولى صادر من أهله ومضاف إلى محله ، غير أنه قد تصرف فى مال ليس مملوكا له ، أما المكره على بيعه فمملوك للمكره فهناك فرق بين البيعين . هذا بالإضافة إلى أن حكم الأصل غير متفق عليه ، فيكون القياس غير صحيح .

---

(١) المبسوط للسرخسى ج ٢٤ ص ٥٨ ، وانظر فى بيان ذلك بحث الإكراه للأستاذ محمد زكريا البرديسى ص ٧٨٦ .

(٢) بحث الإكراه السابق ص ٧٨٦ .

دليل الرأى الثالث :

احتج من قالوا بالفساد بأن ركن البيع حالة الإكراه وهو المبادلة صدر من أهله وهو المكلف ، وأضيف إلى محله وهو المال المملوك للبائع، إلا أن الرضا مشوب بعيب الإكراه فيفسد العقد ، لأن الرضا شرط جواز العقد، وتأثير فوات شرط الجواز يكون فى إفساد العقد كما فى بيع الربا[1] ، فإن المساواة فى الأموال الربوية شرط جواز العقد ، فكما إذا انعدمت المساواة فى الأموال الربوية يفسد العقد لفوات شرط الجواز فكذلك إذا كان الرضا معيباً يفسد البيع لفوات شرط الجواز وهو الرضا .

ونحن إذا أمعنا النظر فى قياس بيع المكره على بيع الربا ، وجدنا أن العاقد فى البيع حالة الإكراه غير راض بالسبب وهو البيع ولا بالحكم المترتب عليه وهو نقل الملكية .

أما العاقد فى بيع الربا فهو راض بالسبب وبالحكم المترتب عليه فلا تساوى بين المقيس والمقيس عليه فلا يصح القياس ، إذ هو قياس مع الفارق[2] .

وبالنظر فى الآراء الثلاثة السابقة وأدلتها وما ورد عليها من مناقشات، فإنه يترجح لنا الرأى القائل بالوقف ، لأن فيه حماية للعاقد المكره وذلك بوقف نفاذ التصرف الصادر منه على إجازته بعد أن تزول حالة الإكراه ..

---

(١) بيع الربا مثل أن تبيع إردباً من القمح بإردب وربع من القمح ، وهكذا فى بيع كل متجانسين يزيد أحدهما على الآخر، فهذا بيع فاسد فإن تساوى الجنسان ولم يزد أحدهما على الآخر فالبيع صحيح .

(٢) بحث الإكراه المذكور ص ٧٨٧ .

المطلب الثانى

تصرف المكره بالبيع فى القانون

نصت المادة ١٢٧ من التقنين المدنى المصرى الحالى على ما يأتى :

« ١ — يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس .

٢ — وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيما محدقاً يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

٣ — ويراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه » .

ونصت المادة ١٢٨ على أنه : « إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه » .

فالإكراه سواء صدر من المتعاقد الآخر أو من أجنبى عن العقد يفسد الإرادة ويعيبها ، فإذا صدر من المتعاقد الآخر جعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد الذى وقع عليه الإكراه ، أما إذا صدر من أجنبى فيشترط لإبطال العقد أن يثبت المتعاقد الذى وقع عليه الإكراه أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه .

وبيان ذلك أن الإكراه إذا صدر من الغير ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به واختار المتعاقد الذى وقع عليه الإكراه إبطال العقد فإنه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه بالتعويض ، وخير تعويض هنا هو استبقاء

العقد صحيحاً ، ويلاحظ أن الإكراه فى هذه الحالة إذا لم ينتج أثره كعيب من عيوب الإرادة فإنه ينتج أثره كعمل غير مشروع ، ويكون للمتعاقد الذى وقع عليه الإكراه أن يطالب الغير الذى صدر منه الإكراه بتعويض ما أصابه من الضرر .

وقد يصدر الإكراه لا من أحد المتعاقدين ولا من الغير ، ولكن من ظروف تهيأت مصادفة لا يد لأحد فيها واستغلها المتعاقد لحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد . ومثل ذلك أن يتقدم شخص لإنقاذ آخر من خطر الغرق أو الحريق أو القتل أو غير ذلك ، ويحصل منه قبل إنقاذه على تعهد بإعطائه مقداراً جسيما من المال ثمناً لهذا الإنقاذ، فالإرادة فى هذه الحالة معيبة والعقد ينعقد قابلا للإبطال[1] .

فالقانون قد اعتبر تصرف المكره بالبيع ونحوه قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد الذى وقع عليه الإكراه .

ونحن نرى الأخذ بفكرة العقد الموقوف من الفقه الإسلامى، واعتبار تصرف المكره بالبيع موقوفاً على إجازته بعد أن تزول حالة الإكراه ، على نحو ما انتهينا إلى ترجيحه عند بيان آراء الفقهاء ومناقشة أدلتهم . ذلك أن القول بالوقف يحقق للمتعاقد الذى شاب إرادته عيب الإكراه حماية أكثر مما تحققه فكرة العقد القابل للإبطال ، إذ أن الأخير يقتضى أن ينتج العقد أثره حتى يطلب إبطاله من له مصلحة فى ذلك . أما فى العقد الموقوف فالعقد لا ينتج أثره قبل إجازته ويقف نفاذه فى مواجهة العاقدين ، وبالنسبة إلى الغير حتى تزول حالة الإكراه ،ومن ثم فلا يتحقق من جراء الوقف ضرر .

---

(١) انظر فى معنى الإكراه وحقيقته الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى ج ١ ص ٣٣٤ وما بعدها طبعة ١٩٥٢ م ، ومصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج ٢ ص ١٩٧ ، وانظر أيضاً مصادر الالتزام للأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصده ص ٢٠٥ وما بعدها طبعة ١٩٥٨ م .

وبهذا الرأى أخذ المشرع فى التقنين المدنى العراقى فنصت المادة ١١٥ منه على أن : « من أكره إكراهاً معتبراً بأحد نوعى الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ».

كما نصت المادة ١١٦ على أن : « الزوج ذو شوكة على زوجته فإذا أكرهها بالضرب مثلا أو منعها عن أهلها لتهب له مهرها فوهبته له لا تنفذ الهبة ولا تبرأ ذمته من المهر » .

فالإكراه فى القانون المدنى العراقى يجعل العقد موقوفاً على إجازة العاقد المكره بعد زوال حالة الإكراه[1] .

المبحث الثانى

عيوب الإرادة الأخرى غير الإكراه

المطلب الأول

عيوب الإرادة الأخرى غير الإكراه فى الشريعة

من العيوب التى تشوب إرادة العاقد فى فقه الشريعة الإسلامية غير الإكراه الغلط والتدليس أو التغرير والغبن .

ففكرة الغلط نجدها فى كثير من الخيارات كخيار الوصف وخيار الرؤية وخيار العيب[2] . فلمن وقع فى غلط الحق فى إمضاء العقد أو فسخه

---

(١) انظر فى هذا مصادر الالتزام جـ١ ص ١٢٢ فى شرح القانون المدنى العراقى للدكتور عبد المجيد الحكيم طبعة ١٣٧٩ هـ/١٩٦٠ .

(٢) جاء فى البدائع للكاسانى جـ ٥ ص ٢٧٤ : « حكم المبيع بعيب هو ثبوت الملك المشترى فى المبيع للحال، ولكنه ملك غير لازم لأن السلامة شرط فى العقد دلالة » ، وانظر أيضاً تبيين الحقائق للزيلعى جـ٤ ص٧٩ . وانظر فى فقه المالكية شرح الخرشى جـ ٥ ص ١٩ فقد ـــ

ويعتبر العقد غير لازم بالنسبة له . ونجد فكرة التدليس أو التغرير فيما يسمى بخيار التدليس وذلك كتصرية اللبن فى الضرع لزيادة الثمن يثبت معها للمشترى خيار الرد ويكون العقد غير لازم.

ونجد فكرة الغبن فيما يسمى بخيار الغبن؛ ويحق لمن عقد عقداً مع الغبن الفاحش الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه ويكون العقد أيضاً غير لازم .

فعيوب الإرادة غير الإكراه حكمها هو عدم اللزوم .

ونحن نرى اعتبار حكم تصرفات من شاب إرادته عيب من هذه العيوب موقوفاً على إجازة صاحب الإرادة المعيبة بعد اكتشاف الغلط أو التدليس أو الغبن ، على نحو ما انتهينا إليه من ترجيح الرأى القائل بوقف تصرفات المكره على إجازته بعد زوال حالة الإكراه . هذا بالإضافة إلى أن العقد الموقوف يتفق مع العقد غير اللازم أو الذى فيه خيار فى عدم إنتاج كل منهما لآثاره فى الحال ، بل يتراخى هذا الأثر إلى حين ورود الإجازة على كل منهما ، أو إلى وقت إسقاط الخيار فى العقد المشتمل على خيار[1] .

غير أنهما يختلفان : فالعقد الموقوف يمنع من تمام العلة ويمنع كل من خيار الشرط وخيار التعيين من انعقاد الحكم ، ويمنع خيار الرؤية من تمام الحكم ويمنع خيار العيب من لزوم الحكم وقد سبق الإشارة إلى ذلك[2] .

ونحن نرى أن ما يتفق فيه كل من العقد الموقوف والعقد غير اللازم أهم مما يختلفان فيه . كما أن الأولى هو أن يوقف العقد حتى يستكمل ما نقصه

= جاء فيه : «بيع الخيار بيع وقف بته على إمضاء يتوقع» . وانظر فى فقه الشافعية نهاية المحتاج ج ٤ ص ٦٩ ، وفى فقه الحنابلة المغنى والشرح الكبير ج ٤ ص ٧٩ — ٨٦ ، وفى فقه الشيعة الزيدية البحر الزخار ج ٣ ص ٣٥٢ — ٣٥٣ .

(١) انظر البدائع للكاسانى ج ٥ ص ٢٦٤ .

(٢) انظر فى هذا الباب الأول من القسم الأول من هذه الرسالة تحت عنوان : «الحالات التى تعتبر من قبيل العقد غير اللازم» .

لا أن يقال بنفاذه حتى يطلب إبطاله من له مصلحة فى ذلك . ولهذا فإنه قد يكون من الملائم الأخذ بفكرة العقد الموقوف ، حتى يتحد الحكم فى عيوب الإرادة جميعها . وبهذا الرأى أخذ المشرع فى القانون المدنى العراقى، كما سنرى فى المطلب التالى ، فاعتبر العقد الذى شابه غلط أو تغرير مع غبن أو إكراه موقوفاً على الإجازة أخذاً بفكرة العقد الموقوف من الفقه الإسلامى فهو بهذا قد وحد الحكم بالنسبة لهذه العيوب جميعاً .

المطلب الثانى

عيوب الإرادة الأخرى غير الإكراه فى القانون

عيوب الإرادة الأخرى غير الإكراه فى فقه القانون ؛ هى الغلط والتدليس والاستغلال، وهذه العيوب تجعل إرادة العاقد معيبة[1] بمعنى أن إرادته تكون موجودة، ولكنها صدرت من شخص على غير بينة من أمره، كما فى حالة من وقع فى غلط أو تدليس، أو كان غير حر فى إرادته كما فى حالة الإكراه وقد سبق بيانه ، أو استغلال طيش بين أو هوى جامح فى العاقد يدفعه إلى التعاقد كما فى حالة الاستغلال ، وقد جعل القانون لمن شاب إرادته عيب من هذه العيوب الحق فى أن يطلب إبطال العقد حماية لصاحب الإرادة المعيبة .

وبهذا تتميز الإرادة المعيبة عن الإرادة المعدومة إذ الأخيرة لا وجود لها كإرادة المجنون والصبى غير المميز . ولهذا فقد جعل القانون العقد الصادر منهما باطلا لا وجود له .

وقد نص المشرع فى التقنين المدنى المصرى الحالى على حكم الغلط فى

---

(١) انظر فى هذا المادة ١١٠٩ من التقنين المدنى الفرنسى حيث أوضحت أن الإرادة تكون معيبة إذا شابها غلط أو تدليس أو إكراه .

المادة ١٢٠ منه فقال : « إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه » .

ونص على حكم التدليس فى المادة ١٢٥ بقوله :

« ١ — يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد .

٢ — ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة » .

ونصت المادة ١٢٦ على أنه : « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس » .

ونصت على الاستغلال المادة ١/١٢٩ بقولها : « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لاتتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد » .

هذا هو حكم كل من العقد الذى شابه غلط أو تدليس أو استغلال فى فقه القانون المدنى المصرى الحالى .

أما المشرع فى التقنين المدنى العراقى فقدأخذ بفكرة العقدالموقوف من

الفقه الإسلامى واعتبر العقد الذى شابه غلط أو تغرير مع غبن موقوفاً على الإجازة كما فعل بالنسبة للإكراه على النحو الذى سلف بيانه .

ففيما يتعلق بالغلط نصت المادة ١١٧ من هذا التقنين[1] على أنه :

« ١ — إذا وقع غلط فى محل العقد وكان مسمى ومشاراً إليه فإن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه وإن اتحد الجنس واختلف الوصف فإن كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار إليه وينعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفاً على إجازة العاقد » .

٢ — فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع ، ولو بيع هذا الفص ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر أو بيعت البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفاً على إجازة المشترى » .

ونصت المادة ١١٨ على أنه : « لا عبرة بالظن البين خطؤه فلا ينفذ العقد :

١ — إذا وقع غلط فى صفة للشىء تكون جوهرية فى نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التى تم فيها العقد ، ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية .

٢ — إذا وقع غلط فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى فى التعاقد .

٣ — إذا وقع غلط فى أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذى يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد » .

وفيما يتعلق بالتغرير مع الغبن نصت المادة ١٢١ من هذا التقنين على أنه : « إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن فى العقد غبناً كان العقد

---

(١) يقابل هذا النص ما نصت عليه المادة ٣٠١ من مرشد الحيران لقدرى باشا .

موقوفاً على إجازة العاقد المغبون . فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه ... » .

ونصت المـــادة ١٢٢ على أنه : « إذا صدر التغرير من غير العاقدين فلا يتوقف العقد إلا إذا ثبت للعاقد المغبون أن العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغرير وقت إبرام العقد » .

فالمشرع فى التقنين المدنى العراقى لم يعتبر العقد موقوفاً لمجرد التغرير بل لابد أن ينشأ عنه غبن فاحش ، وكان المتعاقد الآخر على علم بالتغرير ، أو كان من السهل عليه أن يعلم به[1] . وعلى هذا نصت المادة ١٢٤ من هذا التقنين فقالت :

« ١ — مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغرير .

٢ — على أنه إذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً وكان المال الذى حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف كان العقد باطلا » .

ونحن نميل إلى ما ذهب إليه المشرع فى هذا التقنين ، وحبذا لو أخذ المشرع فى تقنيننا المدنى المصرى بفكرة العقد الموقوف ، لمواجهة عيوب الإرادة على غراره ؛ فهى أكثر ملاءمة لمواجهة هذه العيوب من فكرة العقد القابل للإبطال، لما تحققه من حماية أكثر ، بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة إلى الغير .

---

(١) انظر فى هذا مصادر الالتزام فى القانون المدنى العراقى للدكتور عبد المجيد الحكيم ج ١ ص ١٥٥ طبعة ١٣٧٩ هـ/١٩٦٠ م .

الباب الثالث

التصرف فيما تعلق به حق الغير

تمهيد :

قد يتعلق بالشيء المتصرف فيه حق للغير، وذلك كتصرف الموصى الضار بالورثة ، وكتصرف المدين المحجور عليه الضار بمصلحة الغرماء وكبيع العين المرهونة لتعلق حق المرتهن بها أو العين المستأجرة لتعلق حق المستأجر بها ، وكالتصرف فى الحصة الشائعة بالبيع إضراراً بالشريك أو بسائر الشركاء الآخرين إذا كانت الشركة بالخلط والاختلاط ، وتم التصرف دون موافقة هذا الشريك أو سائر الشركاء الآخرين .

فما حكم التصرف فى هذه الحالات وهل ينعقد موقوفاً على الإجازة أم باطلا . هذا ما نوضحه فيما يلى :

الفصل الأول

تصرف الموصى لوراث أو لغير وارث

المبحث الأول

تصرف الموصى لوارث أو لغير وارث فى الشريعة

الموصى له إما أن يكون وارثاً للموصى وإما أن يكون غير وارث، والقدر الموصى به قد يكون أقل من الثلث، وقد يكون مساوياً له ، وقد يكون أكثر منه ، فما حكم تصرف الموصى للوارث أو لغير الوارث . هذا ما نخصص له المطلبين الآتيين :

المطلب الأول

الوصية للوارث

ذهب المالكية [1] والحنابلة [2] والشافعية فى أحـــد القولين

---

(١) جاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٤٤٠ : « تبطل الوصية للوارث ولغير الوارث بزائد عن الثلث وإن أجيز ما أوصى به للوارث أو الزائد على الثلث أى أجازه الورثة فعطية منهم أى ابتداء عطية لا تنفيذ لوصية الموصى فلا بد من قبول الموصى له وحيازته قبل حصول مانع للمجيز وأن يكون المجيز من أهل التبرع » .

(٢) جاء فى المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٥ ـ ٦ طبعة ١٣٦٧ هـ : « إذا أوصى الإنسان لوارث بوصية فلم يجزها سائر الورثة لم تصح بغير خلاف بين العلماء .. فروى أبو أمامة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث » . رواه أبوداود وابن ماجه والترمذى ولأن النبى صلى الله عليه وسلم منع من عطية بعض ولده وتفضيل بعضهم على بعض فى حال الصحة وقوة الملك وإمكان تلافى العدل بينهم بإعطاء الذى لم يعطه بعد ذلك لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم ... وإن أجازها جازت فى قول

عندهم[1] ، كما ذهب الظاهرية[2] إلى أن الوصية للوارث باطلة ، وإن أجاز الورثة ما أوصى به للوارث فإن هذه الإجازة تعتبر عطية منهم وليست تنفيذاً لوصية الموصى فلا بد من قبول الموصى له ، وأن يكون المجيز من أهل التبرع .

وذهب الحنفية[3] كما ذهب المالكية[4] والشافعية[5] والحنابلة[6] في

= الجمهور من العلماء وقال بعض أصحابنا الوصية باطلة وإن أجازها سائر الورثة إلا أن يعطوه عطية مبتدأة ». لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لوارث » ... والخبر قد روى فيه « إلا أن يجيز الورثة » والاستثناء من النفي إثبات فيكون ذلك دليلا على صحة الوصية عند الإجازة ... وفائدة الخلاف أن الوصية إذا كانت صحيحة فإجازة الورثة تنفيذ وإجازة محضة يكفى فيها قول الوارث أجزت أو أمضيت ... وإن كانت باطلة كانت الإجازة هبة مبتدأة تفتقر إلى شروط الهبة » .

(١) جاء في الوجيز للامام الغزالي ج ١ ص ٢٧٠ — ٢٧١ : « وأما الوارث فلا وصية له لقوله صلى الله عليه وسلم : « ألا لا وصية لوارث » . وإن أجاز الوارث وصية الوارث والقاتل ووصية الأجنبي بما زاد على الثلث نفذت في أصح القولين وكانت تنفيذاً أو إمضاء وفي القول الثاني هو ابتداء عطية من الورثة » .

(٢) جاء في المحلى لابن حزم ج٩ ص ٣١٦ طبعة ١٣٥١ هـ : « لا تحل الوصية لوارث أصلا فإن أوصى لغير وارث ثم صار وارثاً عند موت الموصى بطلت الوصية وإن أوصى لوارث ثم صار غير وارث لم تجز الوصية لأنها حين عقدها كانت باطلة وسواء أجاز الورثة الوصية أم لم يجيزوها لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « لا وصية لوارث » ومن ثم فليس للورثة أن يجيزوا ما أبطله الله تعالى على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم إلا أن يكون ذلك منهم هبة مبتدأة من عند أنفسهم ... وأما حديث « لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يشاء الورثة فهذا حديث مرسل » .

(٣) انظر الحنفية تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٤٢٨ الطبعة الأولى ١٣١٨ هـ والعناية للبابرتي في نفس الموضع ، وابن عابدين ج ٥ ص ٤٣٠ ، والبدائع ج ٧ ص ٣٧٠ .

(٤) انظر في فقه المالكية حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٤٤٠ .

(٥) انظر نهاية المحتاج ج ٦ ص ٤٨ فقد جاء فيه : « وتصح الوصية للوارث وإن أجازها باقي الورثة وإجازتهم تنفيذ لا ابتداء عطية » . وانظر الوجيز للغزالي ج ١ ص ٢٧٠ .

(٦) انظر للحنابلة المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٥ — ٦ .

القول الآخر عندهم وكذا الشيعة الزيدية[1] إلى أن الوصية للوارث تنعقد صحيحة موقوفة على إجازة الورثة ولو كانت بالقليل . فإن أجازوها نفذت وثبت بها للوارث الموصى له فى التركة ما أوجبته له من حق ، لأن الامتناع لحق الورثة ، فإذا أجازوا فقد زال المانع ، وإن رفضوها بطلت ولم يكن لها أثر ، ولم يترتب عليها فى التركة حق ، وإن أجازها بعضهم ورفضها الآخرون نفذت فى حصة من أجاز منهم وبطلت فى حصة من لم يجز ، ولا عبرة بإجازتها وردها قبل وفاة الموصى.

وذهب الشيعة الزيدية فى الرواية الأخرى وكذا الشيعة الإمامية إلى أن الوصية للوارث كالوصية للأجنبي تصح وتنفذ فى حدود الثلث من غير توقف على إجازة الورثة[2] .

ومن ثم فإنه يتلخص لنا أن هناك آراء ثلاثة فى حكم الوصية للوارث :

١ — رأى يقول بالبطلان وإلى هذا جنح المالكية والحنابلة والشافعية فى أحد القولين عندهم كما وافقهم فى هذا أهل الظاهر .

٢ — رأى يقول بالوقف وإلى هذا ذهب الحنفية ، وكذا المالكية والحنابلة والشافعية والزيدية فى القول الآخر عندهم .

---

(١) انظر للشيعة الزيدية المنتزع المختار ج ٤ ص ٤٧٦ .

(٢) انظر فى فقه الشيعة الزيدية البحر الزخار ج ٥ ص ٣٠٨ ، ص ٣٢٨ وفى فقه الشيعة الإمامية المختصر النافع ص ١٦٣ فقد جاء فيه : « وتصح الوصية للوارث كما تصح للأجنبي ويعتبر ما يوصى به بعد خروجه من الثلث » . وفى نفس الموضع : « ويوصى بالثلث فما نقص ولو أوصى بزيادة عن الثلث صح فى الثلث وبطل الزائد » .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية لشرح قانون الوصية المصرى الحالى رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ م مانصه: « صحة الوصية للوارث ونفاذها فيما لايزيد على الثلث يؤخذ من الآية الكريمة : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين » . وهو رأى فريق من المفسرين منهم أبو مسلم الأصفهانى كما قال به فريق من الفقهاء من غير المذاهب الأربعة واختير القول بجواز الوصية للوارث لحاجة الناس إليها » .

٣ — رأى يقول بنفاذ الوصية للوارث فى حدود الثلث من غير توقف على إجازة الورثة ، وإلى هذا جنح الشيعة الزيدية فى الرواية الأخرى عندهم ، وكذا الشيعة الإمامية .

١ — دليل القائلين بالبطلان

استدلوا بالمنقول وبالمعقول :

١ — أما استدلالهم بالمنقول فقوله صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لوارث » (١). وقالوا إن معنى هذا الحديث لا وصية صحيحة ، فالنفى لا ينصب على وجودها وإمكانه ، وإنما ينصب على الصحة(٢).

ويناقش هذا المنقول ، بأن هذا الحديث قد ورد فى بعض الروايات عن ابن عباس كالآتى : « لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يشاء الورثة »(٣) .

ووجه دلالة الحديث الأخير أن الوصية للوارث تجوز وتصح بإجازة الورثة فإذا أجازوا الوصية نفذت وإلا بطلت . ومن ثم فإنه يسقط الاستدلال بالحديث الأول لوجود ما يعارضه.

٢ — وأما استدلالهم بالمعقول فقد قالوا إن الوصية للوارث تثير الحفيظة فى نفوس باقى الورثة وإيثار بعضهم فيه حيف ، والرسول عليه

---

(١) انظر فى هذا نصب الراية ج ٤ ص ٤٠٣ .

(٢) جاء فى كتاب نيل الأوطار للشوكانى ج ٦ ص ٣٥ فى شرح هذا الحديث : « النفى إما أن يتوجه إلى الذات والمراد لا وصية شرعية وإما إلى ماهو أقرب إلى الذات وهو الصحة ويبعد توجيهه إلى الكمال لأنه أبعد المجازين » .

(٣) جاء فى نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤ : « روى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لاتجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة » . وجاء فى نفس المرجع توضيحاً لهذا الحديث .. « لكن إذا رضيت الورثة كانت الوصية صحيحة لحديث عمرو بن شعيب : « لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة » .

السلام يقول : « الحيف فى الوصية من أكبر الكبائر »[1]. وفسروا الحيف بالوصية للوارث وبأكثر من الثلث . وإذا أجاز الورثة الوصية وقبلها الموصى له تكون هبة مبتدأة منهم تأخذ حكم الهبة ويكون هذا الشرط شرطاً لصحة الوصية لا شرطاً لنفاذها[2] .

ويناقش هذا بأن تصرف الموصى بالوصية للوارث ، إنما هو تصرف صادر من أهله مضاف إلى محله ،غير أنه قد تعلق به حق للغير — وهو هنا الورثة — وتعلق حق الغير بالتصرف لا يقتضى البطلان ، وإنما يقتضى وقف نفاذه على إجازة من تعلق التصرف بحقه ، فإذا أجازه نفذ ، وإن لم يجزه بطل . وبهذا يمكن القول بأنه اتقاء لدرء هذه المفاسد ، ومنعاً لهذه الأضرار يقال بالتوقف على إجازة الورثة لأن الامتناع من نفاذ الوصية كان لحقهم ، فإذا أسقطوا حقهم بالإجازة صحت الوصية ونفذت ، ومن ثم فالقول بالوقف يهدف إلى حمايتهم ومنع الإضرار بهم .

٢ — دليل القائلين بالوقف

استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة »[3]. ووجه الدلالة من هذا الحديث أن تصرف الموصى بالوصية للوارث ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة باقى الورثة ، فإذا أجازوا صحت الوصية ونفذت وإن لم يجيزوها بطلت ، لأن الامتناع كان لحقهم فإذا أجازوا فقد زال المانع من النفاذ .

---

(١) انظر نصب الراية جـ ٤ ص ٤٠١ .

(٢) انظر فى بيان ذلك الوصايا فى الفقه الإسلامى لأستاذنا محمد سلام مدكور ص ٣٤٠ طبعة ١٩٥٨ م والميراث والوصية فى الإسلام لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ١١٣ .

(٣) انظر فى تخريج هذا الحديث فتح البارى بشرح صحيح البخارى لأحمد بن على بن محمد بن حجر العسقلانى طبعة ١٣٤٨ هـ جـ ٥ ص ٣٨٦ ، وانظر أيضاً الموطأ وشرح الزرقانى عليه جـ ٤ ص ٦٨ — ٧٠ طبعة ١٣٥٥ هـ — ١٩٣٦ م .

٣ — دليل القائلين بالنفاذ

استدلوا بالقرآن وبالسنة :

١ — القرآن : استدلوا بقوله تعالى : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين »(١) ..

ووجه الدلالة من هـــذه الآية ، أن الشارع قد أعطى المورث حق التصرف فى ماله يضعه كيف شاء ، فمن حقه أن يعطيه لمن يريد صلته وبره أجنبياً كان أو وارثاً ، وينفذ هذا دون توقف على إجازة من أحد .

وقد نوقش ذلك بأن هذه الآية منسوخة بآية الفرائض وبحديث : «لا وصية لوارث» . وهذا ما رجحه القرطبي ، فذهب إلى أن آية الفرائض لم تستقل بنسخ هذه الآية بل بالحديث المذكور ، ولولا هذا الحديث لأمكن الجمع بين الآيتين(٢) .

ويناقش هذا بأن معنى قوله تعالى : «كتب عليكم» أى فرض ، وأن حديث « لا وصية لوارث » إنما يفيد نفى الوجوب لا نفى الجواز(٣) . فتبقى الوصية صحيحة نافذة مادامت فى حدود الثلث دون توقف على إجازة أحد من الورثة .

٢ — السنة : استدلوا بحديث سعد بن أبى وقاص وقد استشار النبى فى مقدار ما يوصى به فقال النبى صلى الله عليه وسلم : «الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس »(٤) .

---

(١) سورة البقرة اية ١٨٠ جـ ٢ ، وانظر فى بيان الاستدلال بهذه الآية نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣٥ طبعة ١٩٤٧ هـ .

(٢) تفسير القرطبي جـ ٢ ص ٢٦٢ — ٢٦٣ ، وفتح البارى بشرح صحيح البخارى جـ ٥ ص ٣٨٦ — ٣٨٧ .

(٣) المختصر النافع ص ١٦٣ ، وقد جاء فى نيل الأوطار جـ٦ ص ٤١ : «وحكى صاحب البحر عن الهادى والناصر وأبى طالب وأبى العباس أنه تجوز الوصية للوارث ، وقالوا إن حديث : « لا وصية لوارث » إنما يفيد نفى الوجوب لا نفى الجواز » .

(٤) انظر فى هذا نصب الراية جـ ٤ ص ٤٠١ والموطأ وشرح الزرقانى عليه جـ ٤ ص ٦٢ — ٦٦ .

والقول بنفاذ الوصية سواء أكانت لوارث أم لأجنبي في حدود الثلث دون توقف على إجازة الورثة ، هو ما نصت عليه المادة ٣٧ من قانون الوصية المصرى الحالى فى فقرتها الأولى فقالت : « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة ، وتصح بما زاد عن الثلث ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه » .

وقد كان العمل قبل صدور هذا القانون هو عدم جواز الوصية للوارث فيما قل أو كثر إلا إذا أجازها الورثة الآخرون بعد موت الموصى وكانوا من أهل التبرع . وقد نصت على ذلك المادة ٥٣٦ من مرشد الحيران فقالت: « لا تجوز الوصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة الآخر بعد موت الموصى وهم من أهل التبرع ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت موت الموصى لا وقت الوصية وليس للمجيز أن يرجع فى إجازته وإذا أجازها بعض الورثة وردها البعض جازت على المجيز بقدر حصته وبطلت فى حق غيره » .

وبالنظر فى أدلة كل من القائلين بالبطلان والقائلين بالوقف وكذا القائلين بالنفاذ ، فإنه يترجح لنا الرأى القائل بالوقف، فهو يحقق الحماية للورثة ويمنع عنهم الضرر ، فلا تنفذ الوصية إلا بإجازتهم، والضرر طبقاً للمبادىء الأصولية يجب إزالته وهو ممنوع ، فإذا أجازوا فقد زال المانع من النفاذ .

المطلب الثانى

الوصية للأجنبي

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية [١] والمالكية [٢] والشافعية [٣] والحنابلة [٤] إلى أن الوصية للأجنبي غير الوارث تصح وتنفذ من ثلث المال اتفاقاً دون حاجة إلى إجازة الورثة .

وقد نصت على هذا المادة ٥٣٧ من مرشد الحيران فقالت : « تجوز الوصية بالثلث للأجنبي عند عدم المانع من غير إجازة الورثة ، ولا تجوز بما زاد على الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد موت الموصى وهم من أهل التبرع ولا عبرة بإجازتهم حال حياته » .

وقد استدل هؤلاء الفقهاء بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم حين قال : « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة لكم فى حسناتكم تضعونها حيث شئتم »[٥] . وحديث سعد بن أبى وقاص حين قال للرسول صلى الله عليه وسلم : أوصى بمالى كله ، قال : لا . قال : فبالثلثين

---

(١) جاء فى الهداية جـ ٨ ص ٤١٩ : « وتصح الوصية للأجنبى فى الثلث من غير إجازة الورثة لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة لكم فى أعمالكم تضعونها حيث شئتم » . وانظر أيضاً البدائع للكاسانى جـ ٧ ص ٣٧٠ ، ورد المحتار لابن عابدين جـ ٥ ص ٤٣١ .

(٢) جاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٣٨٩ : « الوصية إنما تكون فى الثلث لا فى زائد عليه ، وللوارث إجازة الوصية للوارث وبزائد الثلث وله ردها » .

(٣) جاء فى نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج جـ ٦ ص ٤٨ طبعة ١٣٥٧ هـ : « الوصية لغير الوارث إذا خرجت من الثلث لاتتوقف على إجازة » . وانظر أيضاً المهذب للشيرازى جـ ١ ص ٤٥٥ ، ومنهج الطلاب لزكريا الأنصارى ص ١٩٨ طبعة ١٢٨٥ هـ .

(٤) انظر للحنابلة المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٢ — ١٣ .

(٥) نصب الراية جـ ٤ ص ٣٩٩ — ٤٠٠ .

قال : لا . قال : فبالنصف . قال : لا . قال فبالثلث . قال : الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» [١] .

فدل كل من هذين الحديثين على أنه لا شيء للأجنبي فى الزائد على الثلث، وأنها تنفذ من ثلث المال اتفاقاً دون توقف على إجازة الورثة .

وقد اختلف رأى الفقهاء فى مقدار الوصية بالزائد على الثلث للأجنبي هل يصح وينفذ إذا أجاز الورثة الوصية أم تقع باطلة حتى وإن أجازوها ؟ انقسم الفقهاء إلى رأيين : رأى يقول بالوقف على الإجازة ورأى يقول بالبطلان .

١ — القائلون بالوقف

ذهب إلى القول بانعقاد الوصية فى القدر الزائد على الثلث موقوفة على إجازة الورثة إذا كانت لأجنبي، الحنفية[٢] وكذا المالكية[٣] والحنابلة[٤] فى إحدى الروايتين عندهما .

وقد استدلوا على ذلك بأن الامتناع فى نفاذ الوصية فى القدر الزائد على الثلث إنما هو لحق الورثة ، فإذا أسقطوا هذا الحق بالإجازة فإنه ينفذ ولا يبطل ، ولا يعتد بإجازتهم حال حياة الموصى، لأن ذلك يكون قبل ثبوت الحق ، والحق فى الإجازة يثبت لهم عند الموت ، فكان لهم أن يردوه بعد

---

(١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ٥ ص ٣٨١ .

(٢) انظر فى فقه الحنفية تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٤٢٠ — ٤٢٣ .

(٣) انظر فى فقه المالكية حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٨٩ فقد جاء فيه : « الوصية إنما تكون فى الثلث لا فى زائد عليه وللوارث إجازة الوصية للوارث وبزائد الثلث وله ردها » .

(٤) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ١٣ .

وفاته . أما بعد الموت فليس لهم أن يردوه ، لأن ذلك يكون بعد ثبوت الحق، فليس لهم أن يرجعوا عنه لأن الساقط متلاش ، والاستناد لا يظهر إلا فى حق القائم[١] .

٢ — القائلون بالبطلان

ذهب الشافعية[٢] والحنابلة[٣] والمالكية[٤] فى الرواية الأخرى عندهما وكذا الظاهرية[٥] إلى أن الوصية للأجنبي فيما زاد على الثلث تقع باطلة .

وقد استدلوا على القول بالبطلان بحديث سعد بن أبى وقاص سالف الذكر، وبحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « الحيف فى الوصية من أكبر الكبائر » . وقد فسروا الحيف بالوصية للوارث وبالزائد على الثلث للأجنبي .

وإذا أجاز الورثة الوصية فيما زاد على الثلث فإن ذلك لا يعتبر تنفيذاً لوصية الموصى وإجازة لها ، وإنما يعتبر منهم ابتداء عطية ، فلا بد من قبول الموصى له .

وبالنظر فى دليل كل من القائلين بالوقف والقائلين بالبطلان، فإنه يترجح لنا دليل الفريق الأول لأنه يحقق الحماية للورثة ويمنع الضرر عنهم .

---

(١) تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٤٢١ — ٤٢٣ .

(٢) جاء فى نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج ٦ ص ٥٣ : « الوصية لغير الوارث فيما زاد على الثلث تبطل لحديث سعد بن أبى وقاص ... » .

(٣) انظر المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ١٣ .

(٤) جاء فى شرح الخرشى على مختصر خليل ج ٨ ص ٢٠٦ : « تبطل الوصية لغير وارث بما زاد على الثلث يوم التنفيذ ولا يعتبر يوم الموت » .

(٥) انظر المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٣٢ طبعة ١٣٥١ هـ .

المبحث الثاني

تصرف الموصي لوارث أو لغير وارث في القانون المدني

نصت المادة ٩١٥ من التقنين المدني المصري الحالي على أنه : « تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها »[١] .

ونصت المادة ٩١٦ على ما يأتي :

« ١ — كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف » .

« ٢ — وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً » .

« ٣ — وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه » .

ويستفاد من ذلك أن المشرع في التقنين المدني المصري الحالي قد أحال على الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأن الوصية بالنسبة لأحكامها .

وقد أعطى عموم نص المادة ٩١٦ حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت كالبيع والهبة والإقرار[٢] والإبراء وغير ذلك من التصرفات

---

(١) والقانون الذي يحكم الوصية في مصر في الوقت الحالي هو القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ م .

(٢) جاء في حكم لمحكمة النقض بجلسة ٢٧/٤/١٩٥٠م — مجموعة أحكام محكمة النقض س ١ رقم ١١٧ ص ٤٦٠ : « الإقرار بدين الحاصل في مرض الموت لغير وارث على سبيل التبرع يصح اعتباره في حكم الوصية فينفذ في ثلث التركة » .

طالما يقصد بها التبرع، وقصد التبرع مفروض ما دام الورثة قد أثبتوا أن التصرف قد صدر فى مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن ، ولا يحتج عليهم بتاريخ التصرف إلا إذا كان ثابتاً لأنهم يعتبرون من الغير بالنسبة له ، ولكن يجوز لكل ذى شأن أن يثبت أن التصرف رغم صدوره فى مرض الموت كان بمقابل فإن أثبت ذلك كان القدر المحابى به هو الذى يأخذ حكم الوصية كما فى بيع المريض .

ويعتبر فى حكم الوصية كذلك ما نصت عليه المادة ٩١٧ من أنه : « إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك » .

والعبرة فى تعرف طبيعة التصرف بأنه بيع أو وصية إنما هو بقصد المتعاقدين وما يستخلص من الملابسات وظروف الحال[1] .

ولما كان المشرع المصرى لم يورد نصاً فيما يتعلق بحكم الوصية للوارث أو لغير الوارث ، بل أحال على الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأن الوصية ، ومن ثم فإنه ليس ثمة ما يمنع من أن نأخذ بحكم الشريعة الإسلامية ، وهى تقضى على الرأى الراجح كما رأينا باعتبار تصرف الموصى فيما زاد على الثلث للأجنبى أو للورثة موقوفاً على إجازة الورثة ، إذأن فى القول بالوقف تحقيقاً لحمايتهم ومراعاة لحقوقهم .

---

(١) جاء فى حكم لمحكمة النقض بجلسة ١٩٤٨/٤/٢٩م مجموعة محمود عمر ج ٥ رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ ما يأتى : « العبرة فى تعرف طبيعة التصرف هى بقصد المتعاقدين على ما يستخلص من الملابسات وظروف الحال ، وعلى ذلك فإذا قضت المحكمة باعتبار عقد البيع ساتراً لوصية وكان مما استخلصت منه نية إضافة التمليك إلى ما بعد الموت أن البائع بقى منتفعاً بالأطيان التى تصرف فيها فلا مخالفة فى ذلك للقانون » .

الفصل الثاني

تصرف المدين المحجور عليه الضار بمصلحة الغرماء

المبحث الأول

تصرف المدين المحجور عليه الضار بمصلحة الغرماء في الشريعة

الحجر في اللغة المنع من التصرف[1] والحجر بالكسر العقل قال تعالى: «هل في ذلك قسم لذي حجر»[2]. أي لذي عقل.

وفي الاصطلاح[3] الحجر على المدين المفلس هو منعه من التصرف في ماله بكل ما يمس حقوق الغرماء، وذلك بمنعه من إجراء التصرفات القولية الضارة بمصلحتهم صيانة لحقوقهم في ماله، وتمكيناً لهم من استيفائها.

ولا يرى الإمام أبو حنيفة الحجر على المدين وإن كان دينه مستغرقاً لما يملك، أو كان مماطلا في أدائه، وذلك لأن في الحجر عليه إهداراً لآدميته وإنسانيته، مادامت أهليته كاملة بالعقل والدين أمر عارض لا يزيلها ولا ينال منها، وإذا طلب غرماؤه حبسه حبس حتى يباع ماله لقضاء دينه.

ويرى أبو يوسف ومحمد من الحنفية الحجر على المدين بشرطين:

أولهما: أن يركب المدين دين مستغرق لماله أو يزيد فتكون بمجموع ديونه الحالة والمؤجلة أكثر من ماله.

---

(١) جاء في المصباح المنير ج ١ ص ٥٧ (الحاء مع الجيم وما يثلثهما): «حجر عليه من باب قتل منعه من التصرف فهو محجور والحجر بالكسر العقل».

(٢) سورة الفجر آية ٥ ج ٣٠.

(٣) جاء في المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٤٥٦: «الحجر منع الإنسان من التصرف في ماله».

وثانيهما : أن يطلب الغرماء الحجر عليه فلا يجوز بغير طلب الغرماء[1] .

ونوضح فيما يلى رأى فقهاء الشريعة فى حكم تصرفاته من حيث وقفها على إجازة الغرماء أو بطلانها .

ذهب الإمام أبو يوسف ومحمد من الحنفية[2] من القائلين بجواز الحجر على المدين إلى أن تصرف المدين المحجور عليه فى ماله ينعقد موقوفاً على إجازة الغرماء .

وإلى هذا جنح المالكية[3] ، والشافعية فى أحـــد القولين فى

---

(١) جاء فى البحر الرائق لابن نجيم ج ٨ ص٨٣ « ولا يحجر عليه بسبب الدين ولو طلب غرماؤه الحجر عليه وهذا عند الإمام لأن فى الحجر عليه إهدار أهليته وإلحاقه بالبهائم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز ، وعندهما يجوز الحجر عليه بسبب الدين وعلى قولهما الفتوى كذا فى قاضيخان ... والكلام فى الحجر بالدين فى موضعين أحدهما أن يركبه دين مستغرق لما له أو يزيد على أمواله وطلب الغرماء من القاضى أن يحجر عليه فيحجر عليه ويمنع من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء » . وانظر أيضاً تبيين الحقائق للزيلعى ج ٥ ص ١٩٩ « كتاب الحجر » .

(٢) جاء فى حاشية الشلبى على الزيلعى ج ٥ ص ١٩٠ : « فإن تصرف المدين المحجور بالبيع مثلا كان تصرفه غير نافذ ولو حصل القبض » . وانظر فى هذا المعنى رد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٩٩ . وانظر أيضاً رسالة الدكتور أحمد على الخطيب فى الحجر على المدين فى الفقه الإسلامى ص ٥١٥ — ٥١٦ القاهرة ١٩٦٤م .

(٣) جاء فى الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٢٦٥ : « فإن وقع التصرف المالى لم يبطل بل يوقف على نظر الغرماء » . وجاء فى حاشية الدسوقى على هذا الشرح فى نفس الموضع : « إذا حصل من المفلس تصرف مالى فلا يبطل بل يوقف على نظر الحاكم إن شاء رده وإن شاء أمضاه » .

وفى شرح الخرشى على مختصر خليل ج ٥ ص ٢٦٦ : (باب المفلس) : « يمنع عن التصرف المالى من بيع وشراء واكتراء ولو بغير محاباة . . وإذا وقع منه التصرف أوقف على نظر الحاكم رداً وإمضاء وأما لو التزم شيئاً فى ذمته أو اشترى أو اكترى بشىء فى ذمته إلى أجل معلوم فلا يمنع على أن يوفيه من مال يطرأ له غير ما حجر عليه فيه كخلعه وطلاقه وعفوه » .

المذهب(١) وكذا فى إحــدى الروايتين عند الشيعة الإمامية(٢) والزيدية(٣) فهم يقولون أيضاً إن تصرفات المدين المحجور عليه المالية تنعقد موقوفة ، فإن قضيت الديون من غير أن تنقض هذه التصرفات نفذت وإن لم تقض إلا بنقضها فسخ منها الأضعف فالأضعف فيبدأ بالهبة لأنه لا عوض فيها ، ثم البيع لأنه لا يلحقه الفسخ ، ثم العتق لأنه أقوى التصرفات .

---

(١) جاء فى كتاب الأم ج ٣ ص ١٨٦ الطبعة الأولى الأميرية ١٣٢١ هـ (باب التفليس) : « وما فعل من هذا ففيه قولان : أحدهما أنه موقوف والثانى أن ما صنع من هذا باطل لأنه قد منع ماله والحكم فيه . قال ولا يمنعه حتى يقسم ماله نفقته ونفقة أهله » .

(٢) جاء فى مفتاح الكرامة للعاملى ج ٥ ص ٣١٦ — ٣١٧ : « وأما الإيقاف فقد نفى عنه البأس فى التذكرة وقال جامع المقاصد فيه قوة ، وفى المسالك لعله أقوى والوجه فيه أنه لا يقصر عن التصرف فى مال الغير فيكون كالفضولى وحينئذ فلا ينافيه منعه من التصرف المنافى لحق الغرماء ، إذ لا دليل على إرادة غيره ، ولأن عبارته لا تقصر عن عبارة السفيه المحجور عليه مع صحة تصرفه إذا لحقته إجازة الولى فلو كان الحجر يقتضى المنع من التصرفات وسلب الأهلية لسقط به اعتبار عبارة السفيه وعلى هذا إذا أجازه الغرماء نفذ وإلا أخره إلى أن يقسم ماله ، لا يباع ولا يسلم إلى الغرماء فإن لم يفضل من ماله شىء بطل وإن فضل ما يسعه صح ، إذا كان الحكم بكون التصرف موقوفاً إلى أن ينظر هل تفضل العين التى تعلق التصرف بها أم لا ، يجب تأخير ما تصرف فيه وقضاء الدين من غيره فربما فضلت ووفى ما سواها بدينه ، وإن لم تف أمواله بديونه وكان التصرف متعدداً بطل الأضعف ثم الذى يليه فى الضعف ... فلو كان قد تصرف ببيع وكتابة وهبة ورهن وعتق ووقف أبطلنا أولا الرهن والهبة لأنهما أضعف من الباقى باعتبار جواز الرهن من جانب المرتهن وكون الهبة موضوعة على الجواز ثم البيع والكتابة لأنهما وإن كانا لازمين من الطرفين إلا أن العتق أقوى منهما لكونه فى نظر الشارع على التغليب ولهذا كان من خواصه السراية ولا يبعد أن يكون الوقف بمنزلة العتق لأن كلا منهما لا يقبل الفسخ بخلاف باقى العقود » .

(٣) جاء فى كتاب البحر الزخار ج ٥ ص ٩٠ : « ولا ينفذ منه (المدين) فيما يتناوله الحجر تصرف إذ قد تعلق به حق الغرماء لقوله صلى الله عليه وسلم : « خذوا ما وجدتم » . وكالرهن وفى المذهب هو موقوف على فك الحجر أو إجازة الغرماء أو الحاكم وفى قول الشافعى بل باطل كتصرف الصبى قلنا هو بالمرض أشبه لتكليفه » .

وذهب الشافعية فى القول الآخر فى المذهب[1] وكذا الحنابلة[2] والشيعة الإمامية [3] والزيدية [4] فى الرواية الأخرى عندهم إلى القول ببطلان تصرفات المدين المحجور عليه، لأن الحجر يقتضى انعدام أثر هذه التصرفات ابتداء، فلم يصح تصرفه فيها ويبطل، ويعم ذلك جميع تصرفات المدين المحجور المالية سواء أكانت بعوض كالبيع والإجارة أو بغير عوض كالهبة والعتق والوقف، وسواء أكان العوض مثل المعوض عنه أو أزيد أو أقل، فالمدين ممنوع منها على وجه سلبت فيه أهليته، وكانت عبارته كعبارة الصبى غير المميز فلا تصح وإن لحقتها الإجازة.

ومن ثم فإنه يتلخص لنا أن هناك رأيين فى حكم تصرفات المدين

---

(١) انظر فى هذا كتاب الأم جـ ٣ ص ١٨٦ . وانظر أيضاً المهذب للشيرازى جـ ١ ص ٣٢٨ ، ومغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٤٧ — ١٤٩ .

(٢) جاء فى المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤٣٩ الطبعة الثالثة ١٣٦٧ هـ : « متى حجر القاضى على المفلس لم ينفذ تصرفه فى شىء من ماله فإن تصرف ببيع أو هبة أو وقف أو أصدق امرأة مالا له أو نحو ذلك لم يصح وبهذا القول قال مالك والشافعى فى قول وقال فى آخر يقف تصرفه ، فإن كان فيما بقى من ماله وفاء الغرماء نفذ وإلا بطل ولنا أنه محجور عليه بحكم الحاكم فلم يصح تصرفه كالسفيه ، ولأن حقوق الغرماء تعلقت بأعيان ما له فلم يصح تصرفه فيها كالعين المرهونة ، فأما إن تصرف فى ذمته فاشترى أو اقترض أو تكفل صح تصرفه لأنه أهل للتصرف وإنما وجد فى حقه الحجر ، والحجر إنما يتعلق بماله لا بذمته ولا يصح إقراره فيما حجر عليه فيه كالسفيه أو كالراهن يقر على الرهن لأنه متهم فى إقراره » . وانظر أيضاً كتاب نيل المآرب بشرح دليل الطالب لعبد القادر بن عمر الشيبانى فى فقه الحنابلة ص ١٢١ .

(٣) انظر فى فقه الشيعة الإمامية : مفتاح الكرامة للعاملى جـ ٥ ص ٣١٦ فقد جاء فيه « إذا صادف تصرف المدين عين المال بالمعاوضة كالبيع والإجارة أو بغير معاوضة كالهبة والعتق والكتابة أو بالمنع من الانتفاع كالرهن ، ففى المبسوط والشرائع والتحرير والإيضاح أنه يبطل وهو المحكى عن أبى على لأنه ممنوع منه على وجه سلبت فيه أهليته وكانت عبارته كعبارة الصبى فلا يصح وإن لحقته الإجازة وهذا هو المناسب للحجر فإن معنى قول الحاكم حجرت عليك منعتك من التصرف ومعناه تعذر وقوع هذه العقود منه » .

(٤) انظر فى فقه الشيعة الزيدية البحر الزخار جـ ٥ ص ٩٠ .

المحجور عليه المالية عند من يقول بالحجر عليه من فقهاء الشريعة الإسلامية :

١ — رأى يقول بالوقف وإلى هذا جنح أبو يوسف ومحمد من الحنفية، وكذا المالكية ، وفى أحد الرأيين عند الشافعية والشيعة الإمامية والزيدية .

٢ — رأى يقول بالبطلان وإلى هذا ذهب الشافعية فى القول الآخر فى المذهب والحنابلة وكذا الشيعة الإمامية والزيدية فى الرواية الأخرى عندهم ونبين فيما يلى أدلة كل فريق منهم .

(أ) أدلة القائلين بالوقف :

١ — الحجر على المدين منع من نفاذ تصرف قولى ، والمنع من النفاذ لا يقتضى البطلان ، وإنما يقتضى وقف نفاذ التصرف على إجازة الدائنين ، ذلك أن الحجر مقرر أصلا لمصلحتهم فإذا كانت مصلحتهم تقتضى إجازة تصرفات المدين المحجور عليه المالية أجازوها وإلا كان لهم الحق فى إبطالها ، ولا تعتبر هذه التصرفات صحيحة نافذة إلا من وقت الإجازة .

٢ — تصرف المدين المحجور عليه كتصرف المريض[1] الذى عليه ديون فى صحته ، فكل تصرف يصدر منهما ينعقد موقوفاً غير نافذ، ولا ينفذ إلا بإجازة الغرماء ، ومن ثم فإنه لا يترتب على التصرف أثره حتى يجاز ممن مس التصرف حقه منهم، فالحكمة من الوقف فى الحالتين هو تعلق حق الغير بالشىء المتصرف فيه .

(١) انظر المهذب للشيرازى جـ ١ ص ٣٢٨ .

٣ — الحجر على المدين يجعله بمنزلة الفضولى[١] بجامع أن كلا منهما لا تكون له ولاية التصرف شرعاً وعدم الولاية يترتب عليه وقف نفاذ التصرف لا بطلانه ، فالولاية شرط من شروط النفاذ لا من شروط الانعقاد .

وهذا القياس مردود لأن حكم الأصل غير متفق عليه فمن الفقهاء من يقول ببطلان تصرف الفضولى ، وشرط القياس الأصولى أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه ، ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح ، هذا فضلا عن أن المدين إذ يتصرف ، فإنما يتصرف فى مال مملوك له غير أنه قد تعلق به حق الغير وهم الدائنون فيوقف على إجازتهم ، أما الفضولى فإنه يتصرف فى مال غير مملوك له وليس له ولاية التصرف فافترقا .

٤ — تصرف المدين المحجور عليه كتصرف السفيه المحجور عليه[٢] . وبما أن تصرف الأخير المالى يصح إذا لحقته الإجازة من الولى فكذلك تصرف المدين المحجور عليه يصح إذا أجازه الغرماء أو تنازلوا عن ديونهم أو أبرءوه منها . ولو كان الحجر يقتضى المنع من التصرفات وبطلانها وسلب أهلية المدين لسقط به اعتبار عبارة السفيه .

وهذا القياس مردود فقياس المحجور عليه للدين بالسفيه قياس مع الفارق ، فعلة الحجر على السفيه هى تبذيره لماله ، أما علة الحجر على المدين فهى المحافظة على حقوق الغرماء وعدم الإضرار بهم ، فيكون القياس غير صحيح .

---

(١) انظر مفتاح الكرامة للعاملى ج ٥ ص ٣١٦ — ٣١٧ .

(٢) المرجع السابق فى نفس الموضع .

(ب) أدلة القائلين بالبطلان :

١ — الحجر يقتضى انعدام أثر تصرفات المدين المحجور عليه وهذا الانعدام يؤدى إلى بطلان تصرفاته محافظة على حقوق الغرماء التى تعلقت بأعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها ، وحقيقة الحجر هو المنع من التصرف ، والمنع يتعذر معه وقوع تصرفات المدين المحجور عليه على وجه صحيح فتكون باطلة[1] .

ويناقش هذا بأن الحجر لايقتضى بطلان تصرفات المدين المحجور عليه ، بل يقتضى وقف نفاذها على إجازة الغرماء أو إبرائهم له من الدين أو تنازلهم عنه .

٢ — عبارة المحجور عليه للدين كعبارة الصبي[2] ، فلا تصح تصرفاتهما على وجه سلبت فيه أهليتهما ، وهذا القياس مردود عليه ، فعدم صحة تصرفات الصبي هو عدم تمييزه إذا كان غير مميز ، أما المدين المحجور عليه فعلة الحجر عليه هو المحافظة على حقوق الغرماء لا عدم تمييزه فافترقا فيكون القياس غير صحيح .

وكذلك فإن قياس المدين المحجور عليه على الصبي المميز قياس مع الفارق ، فعلة الحجر على المدين تختلف ، فهى بالنسبة له كما ذكرنا المحافظة على حقوق الغرماء ، أما بالنسبة للصبي المميز فهى نقص أهليته وعدم كمال تمييزه ، وكذلك فإن حكم الأصل غير متفق عليه فمن الفقهاء من يقول بوقف تصرفات الصبي المميز على إجازة وليه ، ومنهم يقول ببطلانها ، ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح .

---

(١) انظر فى فقه الشافعية الأم جـ٣ ص ١٨٦ ، وفى فقه الحنابلة المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤٣٩ ، وفى فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة جـ ٥ ص ٣١٦ .

(٢) مفتاح الكرامة جـ ٥ ص ٣١٦ .

٣ — الحجر على المدين يجعله غير ذى ولاية كالفضولى(١). وتصرفات الأخير عندهم باطلة ، لأن عدم الولاية يترتب عليه بطلان تصرفاته لاعدم نفاذها أو وقفها على الإجازة ، لأن الولاية عندهم شرط فى الانعقاد لا فى النفاذ ، وعدم ترتب شرط الانعقاد يترتب عليه البطلان .

ويناقش هذا بأن الولاية شرط للنفاذ لا للانعقاد ، فعدم وجودها يترتب عليه عدم نفاذ التصرف لا بطلانه . هذا فضلا عن أن حكم الأصل وهو تصرف الفضولى غير متفق عليه ، فمن الفقهاء من يقول بوقفه ومنهم من يقول ببطلانه ، وشرط القياس الأصولى كما ذكرنا أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح .

وبالنظر فى أدلة كل من القائلين بالوقف والقائلين بالبطلان ، وما ورد عليهما من مناقشات، فإنه يترجح لنا دليل الرأى الأول ، لأن القول بالوقف يحقق الحماية للدائنين ويهدف إلى منع المدين من التصرف فى ماله على وجه يضر بحقوقهم .

المبحث الثانى

تصرف المدين الضار بمصلحة الدائنين فى القانون المدنى

إذا تصرف المدين تصرفاً ضاراً بمصلحة دائنيه فإن هذا التصرف لا يسرى فى حقهم . وقد كفل القانون للدائنين الوفاء بحقوقهم بوسائل وضمانات وجعل أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وعلى هذا نصت المادة ٢٣٤ من التقنين المدنى المصرى الحالى فقالت :

١ — أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه .

---

(١) نفس المرجع السابق جـ ٥ ص ٣١٦ — ٣١٧ .

٢ — وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم . ومن هذه الوسائل التى قررها القانون لحماية الدائنين ما يأتى :

أولا — الدعوى غير المباشرة :

ومقتضاها أن يكون لكل دائن أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز، وذلك إذا أهمل المدين استعمال هذه الحقوق ، ومن أمثلتها أن يكون للمدين حق على الغير هو عبارة عن تعويض استحقه بسبب ضرر نشأ للمدين من خطأ الغير ، ولكن المدين لا يطالب بذلك التعويض ، فعندئذ يجوز لدائن ذلك المدين أن يطالب بالتعويض باسم المدين، وكذلك إذا كان للمدين الحق فى أن يرفع دعوى البطلان ولكنه لا يرفعها جاز لأحد الدائنين أن يرفعها باسم ذلك المدين[١] .

وكذلك فللدائنين الحق فى استعمال التقادم باسم مدينهم إذا أهمل فى التمسك به ، ولهم هذا الحق أيضاً حتى لو عمد المدين إلى التنازل عن الدفع به ، فتنازل المدين لا يحتج به فى مواجهتهم[٢] . وقد قررت المادة ٣٨٨ من التقنين المدنى المصرى الحالى فى فقرتها الثانية بعد أن ذكرت حق المدين فى التنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه : «على أن هذا النزول لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم» .

وقد تضمنت النص على حقيقة الدعوى غير المباشرة وأحكامها المادة ٢٣٥ من التقنين المذكور فقالت :

---

(١) انظر الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى جـ ٢ ص ٩٤٣ وما بعدها طبعة ١٩٥٦م ، وأحكام الالتزام للدكتور اسماعيل غانم جـ ١ ص ١٩١ — ١٩٢ طبعة ١٩٦٤ م .

(٢) انظر فى هذا أثر مضى المدة فى الالتزام ص ١٠٧ للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى .

« ١ — لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز .

٢ — ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو يزيد فى هذا الإعسار ولا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصما فى الدعوى » .

فالغرض من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام للدائنين من نتائج إهمال المدين فى استعمال ما له من حقوق ، فقد يؤدى هذا الإهمال إلى حرمان الدائنين من التنفيذ على ما كان يدخل فى ضمانهم العام لو أن المدين استعمل ماله من حق[1] .

ثانياً — الدعوى البوليصية :

نظم التقنين المدنى المصرى الحالى أحكام هذه الدعوى فى المواد من ٢٣٧ إلى ٢٤٣ ، وتسمى بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين لا دعوى إبطال هذا التصرف ، فإذا تصرف المدين فى ماله بقصد الإضرار بدائنه ، أعطى القانون للدائن الحق فى أن يطعن على هذا التصرف الضار به بطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه ، فإذا أجيب إلى طلبه لم يسر التصرف فى حقه ولكنه يبقى قائماً فيما بين المدين ومن صدر له التصرف .

ويشترط لعدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن :

١ — أن يكون حقه مستحق الأداء خالياً من النزاع فلا يستطيع الدائن

---

(١) انظر فى هذا أحكام الالتزام للدكتور إسماعيل غانم جـ ١ ص ١٧٧/١٧٨ ، وانظر فى شروط هذه الدعوى تفصيلا المرجع المذكور ص ١٨٠ وما بعدها .

استعمال هذه الدعوى ، إذا كان حقه متنازعاً فيه ، كما لا يستطيع استعمالها الدائن الذى يكون حقه معلقاً على شرط واقف أو أجل واقف[١].

٢ — أن يكون التصرف المطعون فيه تصرفاً مفقراً أى منقصاً لحقوق المدين، كالهبة والبيع والوقف ، وكذلك لا يسرى فى حق الدائن كل تصرف يزيد فى التزامات المدين كالقرض والشركة ورد الإبراء . ولا يجوز الطعن بهذه الدعوى فى التصرف المانع من الاغتناء كرفض المدين قبول الهبة مما يؤدى إلى زيادة حقوقه لأنه ليس تصرفاً مفقراً .

٣ — أن يكون تصرف المدين الضار بدائنه قد صدر بعد ثبوت حق الدائن ، وأن يكون قد تسبب فى إعساره إذا كان غير معسر قبل التصرف، أو تسبب فى زيادة إعساره إذا كان معسراً قبل التصرف.

٤ — أن يكون التصرف منطوياً على غش المدين وتواطؤ من صدر له التصرف إذا كان التصرف معاوضة ، وإذا كان تبرعاً فيكفى أن يثبت الدائن أن التبرع قد سبب إعسار المدين أوزاد فى إعساره[٢] .

ومن ثم فإنه يخلص مما تقدم أن الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن ، تجعل التصرف غير سار فى حق الدائن بالشروط السابقة فهى ليست دعوى إبطال للتصرف ، ويستفيد من هذه الدعوى جميع الدائنين الذين صدر التصرف إضراراً بهم .

---

(١) انظر فى هذا الوسيط جـ ٢ ص ٩٩٦ وما بعدها طبعة ١٩٥٦ م للأستاذ الدكتور السنهورى .

(٢) انظر فى تفصيل هذه الشروط الوسيط جـ٢ص ١٠٠٠ ومابعدها ، وأحكام الالتزام ، للدكتور إسماعيل غانم جـ ١ ص ٢١٥ / ٢١٦ .

ثالثاً — نظام الإعسار في التقنين المدني :

ومقتضى هذا التنظيم أنه إذا زادت ديون المدين الحالة على أمواله ، فإنه يجوز لدائنيه أن يطلبوا من المحكمة شهر إعساره بحكم وتسجل صحيفة دعوى الإعسار في قلم كتاب المحكمة ويؤشر بالحكم على هامش هذا التسجيل .

ويجوز للمدين أن يطلب من المحكمة شهر إعساره فتجيبه إلى ما يطلبه.

وقد نصت على جواز شهر إعسار المدين غير التاجر المادة ٢٤٩ من التقنين المدني المصري الحالي فقالت: يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء» .

وإذا ما تم شهر إعسار المدين بحكم غلت يده عن التصرف في ماله ، وكل تصرف يصدر منه بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يكون غير سار في حق الدائنين (م ٢٥٨) ، وذلك دون حاجة إلى إثبات إعسار المدين إذ هو ثابت بالحكم ، ودون حاجة إلى إثبات تواطؤ المدين مع من تصرف له في ماله(١) .

فشهر الإعسار يترتب عليه عدم نفاذ تصرف المدين الضار بدائنيه في مواجهتهم بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

ونحن نرى بعد بيان هذه الوسائل التي نظمها القانون لحماية الدائنين، أن الفقه الإسلامي حين اعتبر تصرفات المدين المالية الضارة بغرمائه موقوفة على إجازتهم عند من يقول بذلك من الفقهاء كان أكثر توفيقاً، إذ أن الوقف يحقق للدائنين حماية أكثر مما تحققه فكرة عدم السريان أو عدم النفاذ في القانون ،

---

(١) انظر في هذا الوسيط للأستاذ الدكتور السنهوري ج ٢ ص ١٢١٢ ، وما بعدها وأحكام الالتزام للدكتور إسماعيل غانم ج ١ ص ٢٥٠ .

فمقتضى وقف العقد فى الشريعة هو عدم نفاذه قبل إجازته ، أما بالنسبة للعقد غير السارى ، فإن العقد يعتبر نافذاً إلى أن يطلب الدائن اعتبار التصرف غير نافذ فى حقه ، وذلك برفع الدعوى البوليصية أو بطلب الحكم بشهر إعسار المدين . هذا فضلا عن أن القول بالوقف يغنى عن هذه الوسائل المتعددة التى لجأ إليها المشرع فى التقنين المدنى لحماية الدائنين من تصرفات مدينهم الضارة بهم .

الفصل الثالث

بيع المرهون والمستأجر

المبحث الأول

بيع المرهون

المطلب الأول

بيع المرهون فى الشريعة

الرهن فى اللغة الثبوت والدوام[1] قال تعالى : « كل نفس بما كسبت رهينة »[2] . وقال جل شأنه : « كل امرئ بما كسب رهين»[3] .

وفى الاصطلاح الرهن حبس شىء بحق يمكن استيفاؤه منه[4] .

وقد اختلفت عبارات الكتب فى الفقه الحنفى فى حكم بيع المرهون[5].

---

(١) جاء فى المصباح المنير ج ١ ص ١١١ الطبعة الأولى ١٣١٥ هـ ، (الراء مع الهاء وما يثلثهما) : « رهن الشىء يرهن رهوناً ثبت ودام فهو راهن ورهنه المتاع والدين رهناً حبسه فهو مرهون » .

(٢) سورة المدثر آية ٣٨ ج ٢٩ .

(٣) سورة الطور آية ٢١ ج ٢٧ .

(٤) انظر فى هذا كتاب تكملة فتح القدير ج ٨ ص ١٨٩ فقد جاء فيه « الرهن لغة حبس الشىء وفى الشريعة جعل الشىء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن » . وفى المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٣٢٦ : « الرهن هو المال الذى يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه » .

(٥) جاء فى الفتاوى التتارخانية مجلد رقم ٢ مخطوط رقم ٣٥٤ بدار الكتب المصرية : « اختلفت عبارات الكتب فى بيع المرهون ووقع فى بعض الكتب أن بيع المرهون فاسد ووقع فى البعض الآخر أن بيعه موقوف ومن مشايخنا من قال فى المسألة روايتان وعامتهم على أن البيع =

ففى بعضها أنه فاسد وفى بعضها أنه موقوف، وعامتهم على أن البيع موقوف على إجازة المرتهن لتعلق حقه به ، فإن أجازه أو قضى الراهن دينه نفذ ، لأن التوقف كان لحقه وقد قضى بسقوطه ، وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن انتقل حقه إلى بدله .

وإذا لم يجز المرتهن البيع وفسخه ففيه روايتان :

إحداهما : ينفسخ البيع حتى إذا افتكه الراهن فلا سبيل للمشترى عليه لأن حق المرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك الذى بيع ملكه بدون إذنه فله أن يجيز البيع وله أن يفسخ .

وثانيتهما : وهو الصحيح من المذهب أنه لا ينفسخ بفسخه حتى لو صبر المشترى إلى حين قيام الراهن بفك الرهن أو رفع الأمر إلى القاضى ليفسخ العقد لعجز الراهن عن التسليم ، فولاية الفسخ تكون للقاضى لا للمرتهن .

فمقتضى هذا الرأى هو أن البيع يوقف على إجازة المرتهن أو قضاء الدين ، فله حينئذ حق الإجازة دون الفسخ ، وجعله متوقفاً على قضاء الدين دليل على أن فسخه لا ينفذ .

ويناقش هذا بأن الامتناع كان لحقه لكى لا يتضرر ؛ والتوقف هنا

= موقوف فإن قضى الراهن المال أو أبرأه الراهن منه وطلب رد الرهن عليه ورضى به تم البيع، وإن لم يجز المرتهن بيعه وطلب المشترى من القاضى التسليم فالقاضى يفسخ العقد بينهما ومعنى قوله فى بعض الكتب أن بيع المرهون فاسد أنه لا حكم له فكان فاسداً فى حق الحكم » . وانظر فى نفس المعنى فتاوى قاضيخان ج ٢ ص ٣١٧ مخطوط رقم ٢٩٧ بدار الكتب المصرية ، وانظر أيضاً حاشية الطحطاوى على الدر المختار ج٣ ص ٨٦ . وجاء فى الفتاوى الهندية ج٣ ص ١١٠/ ١١١ : « واختلفت عبارات الكتب فى بيع المرهون عامتهم على أن البيع موقوف وهو الصحيح، حتى لو قضى الراهن الدين أو أبرأه المرتهن من الدين أو رد الرهن عليه أو أجاز ورضى به تم البيع ولا يحتاج إلى تجديد العقد ، وإن لم يجز المرتهن بيعه وطلب المشترى من القاضى التسليم فالقاضى يفسخ العقد بينهما » . وانظر أيضاً رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٥ ، والمبسوط للسرخسى ج ١٣ ص ١١ .

لا يضره لأن حقه فى الحبس لا يبطل بمجرد الانعقـــاد من غير نفوذ فبقى موقوفاً .

وإذا افتك الراهن الرهن نفذ البيع فى حق البائع والمشترى ، وكذلك إذا باع الراهن العين المرهونة للمرتهن نفسه نفذ البيع بداهة فى حق الراهن والمرتهن . دون حاجة إلى إجازة [1] .

وقد نصت على حكم بيع المرهون المـادة ٣٧٧/٤ من مجلة الأحكام العدلية فقالت : « والرابع (من الموقوف) بيع المرهون فليس للمرتهن فسخ البيع إلا أن المشترى ليس له أخذ المبيع منه وله الخيار إما أن ينتظر فك الرهن وإما أن يفسخ البيع ، وإذا أجاز المرتهن البيع أو دفع المدين دينه أو أبرأه الدائن سقط الرهن ولزم البيع ، وإذا باع الراهن الرهن ثم آجره أو رهنه ثم أجاز المرتهن الرهن الثانى أو الإجارة نفذ البيع دون الرهن الثانى والإجارة » .

كما نصت المـادة ٨٨٤ من مرشد الحيران على أن : « كل تصرف من التصرفات المحتملة للفسخ كالبيع والإجارة والهبة والصدقة ونحو ذلك إذا فعله الراهن قبل سقوط الدين عنه يتوقف نفاذه على رضا المرتهن ، ولا يبطل حقه فى حبس الرهن إلا إذا أجازه المرتهن أو قضى الراهن دينه فحينئذ تنفذ تصرفاته ويخرج المرهون عن عهدة المرتهن ، لكن فى صورة البيع

---

(١) جاء فى المبسوط للسرخسى ج ١٣ ص ١١ : « وإذا لم يجز المرتهن وفسخه ففيه روايتان ففى إحدى الروايتين ينفسخ البيع حتى لو افتك الراهن فلا سبيل للمشترى عليه لأن حق المرتهن بمنزلة الملك ومن باع ملك الغير فإن أجازه المالك تم البيع وإن فسخ انفسخ فهذا مثله وفى أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه حتى لو صبر المشترى حتى افتكه الراهن كان له أن يأخذه » . وانظر أيضاً تبيين الحقائق للزيلعى ج ٦ ص ٨٤ — ٨٥ ، والجوهرة النيرة لمختصر القدورى ج ١ ص ٢٣٣ الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية ١٣٢٢ هـ . ورد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٥ . وانظر أيضاً درر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلاخسرو ص٢٤٥/ ٢٤٦ المجلد الثانى مخطوط رقم ١٧٤ بدار الكتب المصرية . وانظر أيضاً كنز الدقائق للنسفى باب التصرف فى الرهن مخطوط رقم ٣٨٤ بدار الكتب المصرية .

يتحول حق المرتهن إلى الثمن بخلاف بدل الإجارة ، وكذلك إذا أقر الراهن بالمرهون لغيره فلا يصح إقراره فى حق المرتهن ولا يسقط حقه فى حبس الرهن إلى استيفاء دينه » .

تداول الشيء المرهون بالبيع

إذا باع الراهن العين المرهونة مرة ثانية قبل أن تصدر الإجازة من المرتهن، توقف البيع الثانى على إجازته أيضاً كما توقف البيع الأول ، لأن البيع الأول موقوف ، والموقوف لا يمنع توقف الثانى فلو أجاز المرتهن البيع الثانى لا الأول جاز .

وإذا باع الراهن الرهن ثم أجره أو رهنه أو وهبه من غير المشترى فأجاز المرتهن هذه التصرفات من البيع وغيره جاز البيع دون التصرفات الأخرى .

والفرق بين المسألتين أن للمرتهن حظاً وفائدة فى البيع لتعلق حقه ببدله، بخلاف العقود المذكورة إذ لا بدل له فى الهبة والرهن، وما فى الإجارة بدل المنفعة لا العين، وحقه فى مالية العين لا المنفعة فكانت إجازته إسقاطاً لحقه فزال المانع فنفذ البيع الأول[1] .

هذا هو رأى الحنفية ويتفق معهم المالكية[2] وكذا الشيعــة

---

(١) انظر فى هذا الجوهرة النيرة لمختصر القدورى ج ١ ص ٢٣٣ الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية ١٣٢٢ هـ ، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو المجلد الثانى ص ٢٤٥ — ٢٤٦ مخطوط رقم ١٧٤ بدار الكتب المصرية ، وتبيين الحقائق للزيلعى ج ٦ ص ٨٥ ، ورد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٥ الطبعة الثالثة ١٣٢٥ هـ .

(٢) جاء فى شرح عبد الباقى الزرقانى على مختصر خليل ج ٥ ص ١٩ : « ووقف مرهون باعه مالكه الراهن على رضا مرتهنه بعد قبضه فله إجازته وله رده » . وجاء فى مواهب الجليل شرح مختصر خليل المعروف بالحطاب ج ٤ ص ٤٦٩ : « المرهون تعلق به حق المرتهن وملك الغير قد تعلق به حق مالكه ... خشى أن يتوهم أن ذلك مانع من صحة البيع فى هذه المسائل كما يقول المخالف فنبه على أن البيع صحيح ولكنه يوقف على رضا المرتهن فإن أعطوه دينه فلا كلام له =

الإمامية[١] والزيدية[٢] والإباضية[٣] فى إحدى الروايتين عندهم . فهم يقولون بأن بيع الشيء المرهون ينعقد موقوفاً على إجازة المرتهن ، فإن أجازه صح ونفذ وإن رفضه بطل ويكون للمرتهن حق الرد إذا بيع المرهون بدون رضاه .

وإذا قضى الراهن للمرتهن دينه فليس له الحق فى الاعتراض ، وإن بيع محل الرهن بمثل حقه عجل له ، وإن بيع بأقل من حقه أو كان دينه عرضاً فله إجازة البيع ورده ، فإن أجاز تعجل حقه . كل هذا إذا وقع البيع بعد أن قبض المرتهن محل الرهن ، وأما إن باعه الراهن قبل القبض ، فإن البيع يكون نافذاً ولا حق للمرتهن فى الاعتراض .

= وإلا فإن بيع بمثل حقه عجل له وإن بيع بأقل أو كان دينه عرضاً فله إجازة البيع ورده ، فإن أجاز تعجل حقه بعد أن يحلف أنه إنما أجاز ليتعجل حقه وهذا إن وقع البيع بعد أن قبضه المرتهن وأما إن باعه قبل القبض فإن البيع ماض ولا مقال للمرتهن إن فرط فى قبض الرهن وإن لم يفرط فقولان » . وانظر أيضاً حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ١٠ — ١٢ . وفى شرح الخرشى ج ٥ ص ١٧ : « ووقف مرهون على رضا مرتهنه » .

(١) جاء فى مفتاح الكرامة للعاملى ج ٥ ص ١١٥ — ١١٦ : « فإذا بادر أحدهما (الراهن أو المرتهن) بالتصرف لم يقع باطلا بل موقوفاً إذا تصرف الراهن بما يمنع منه فإن كان بعقد أو بعتق كان موقوفاً على إجازة المرتهن . . . لأن المانع قد زال بالإجازة وذلك لاينافى تنجيز العقد كسائر العقود التى يشترط فيها ذلك » . وفى المختصر النافع ص ١٣٧ : « ولو باعه الراهن وقف على إجازة المرتهن » .

(٢) جاء فى كتاب البحر الزخار ج ٤ ص ١١٨ : « لاتصرف له (الراهن) بوجه إلا بإذن المرتهن لتعلق حقه به فإن فعل نقض ، فإن أذن جاز التصرف » .

(٣) جاء فى كتاب النيل وشفاء العليل ج ٤ ص ١٣٦ : « فإذا باع الراهن الرهن بلا إذن مرتهنه فإن اشترط رضا المرتهن ورضى فقيل يصح العقد وقيل بل يجدده المرتهن أو يتممه بحضرة المشترى أو يرسل إليه الراهن أو غيره بأنى قد بعت بما باع الراهن فاشتر ، وإذا كان الخلاف فى بيع الفضولى والراهن وقد شرطا فهو فى بيعهما إذا لم يشترطا بالأولى فقيل يثبت إن رضى وقيل لا إلا بتجديد أو متممة ، وإنما جعلت الراهن كالفضولى مع أن المال له لأنه لايملك تصرفاً فى رهنه ، ودخل فى الفضولى العبد الذى لم يؤذن ولم يسرح ولم يرسل الطفل الذى لم يرسل » .

وذهب الشافعية [١] والحنابلة [٢] وفى الرواية الأخرى عند الشيعة الإمامية [٣] والزيدية [٤] والإباضية [٥] إلى القول ببطلان تصرفات الراهن فى العين المرهونة بالبيع والإجارة ونحوهما .

ومن ثم فإنه يتلخص لنا أن هناك رأيين فى حكم بيع المرهون : رأى يقول بالبطلان ورأى يقول بالوقف .

دليل القائلين بالبطلان

استدلوا بالنص وبالقياس :

١ — النص: استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم : «لاضرر ولاضرار»[٦].
ووجه الاستدلال من هذا الحديث أن فى بيع المرهون ضرراً على المرتهن لأن ذلك ينافى حقه إذ أن حقه قد تعلق بالشىء المرهون ، فالتصرف فيه بالبيع ونحوه فيه إضرار به والضرر ممنوع ، وتجب إزالته[٧] .

---

(١) انظر فى فقه الشافعية المهذب للشيرازى ج ١ ص ٣١٠ — ٣١٢ ، والوجيز للغزالى ج ١ ص ١٦٩ ، ونهاية المحتاج ج٣ ص ٣٨٨ ، والفتاوى الكبرى لابن حجر ج٢ ص ٢٨١ .

(٢) انظر فى فقه الحنابلة المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٣١١ وما بعدها .

(٣) انظر فى فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملى ج ٤ ص ٢٦٤ فقد جاء فيه . « وفى رأى آخر يكون البيع (بيع المرهون) باطلا قياساً على إبطال بيع الفضولى » .

(٤) انظر فى فقه الشيعة الزيدية البحر الزخار ج ٤ ص ١١٨ .

(٥) جاء فى كتاب النيل وشفاء العليل فى فقه الإباضية ج ٤ ص ١٣٦ : « تصرف الراهن فى العين المرهونة كتصرف الفضولى يعتبر صحيحاً موقوفا على الإجازة على قول وباطلا على القول الآخر » .

(٦) السنن الكبرى للبيهقى ج ٦ ص ٦٩ الطبعة الأولى ١٣٥٢ هـ (باب لاضرر ولا ضرار) .

(٧) انظر المهذب للشيرازى ج ١ ص ٣١٠ — ٣١٢ .

ويناقش هذا بأن دفع هذا الضرر المحتمل عن المرتهن إنما يكون بانعقاد تصرف الراهن صحيحاً موقوفاً على إجازة المرتهن ، وأن الضرر يتحقق فى هذه الحالة إذا قلنا بالنفاذ لا بالوقف .

٢ — القياس : قاسوا تصرفات الراهن فى العين المرهونة على تصرفات الفضولى[1] بجامع أن كلا منهما قد تعلق به حق للغير وتعلق حق الغير بالمحل يبطل التصرف .

ويناقش هذا بأنه قياس مع الفارق ؛ فالفضولى حين يتصرف فى مال الغير فإنما يتصرف فى شىء غير مملوك له ، أما الراهن فهو يتصرف فى مال مملوك له ؛ وإنما تعلق به حق المرتهن فيوقف التصرف على إجازته محافظة على حقه ، هذا فضلا عن أن حكم الأصل وهو تصرف الفضولى غير متفق عليه ، فمن الفقهاء من يقول بوقفه ، ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح ، لأن من شرط القياس الأصولى كما أسلفنا أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه .

دليل القائلين بالوقف

١ — الراهن حين يتصرف فى ملكه المرهون يعتبر كالموصى حين يوصى بجميع ماله[2] فينعقد تصرفه موقوفاً على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به ، وكذلك فإن تصرف الراهن ينعقد موقوفاً لتعلق حق المرتهن به .

ويناقش هذا بأن حكم الأصل وهو الوصية بالزائد على الثلث غير

---

(١) انظر مفتاح الكرامة للعاملى ج ٤ ص ٢٦٤ .

(٢) انظر فى هذا الجوهرة النيرة على مختصر القدورى الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية ١٣٢٢ هـ ج ١ ص ٢٣٣ ، وتبيين الحقائق الزيلعى ج ٦ ص ٨٤ .

متفق عليه ، فمن الفقهاء من يقول ببطلانه ، وقد سبق الإشارة إلى بيان آراء الفقهاء فى ذلك وشرط القياس الأصولى أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه وعلى هذا يكون القياس غير صحيح .

٢ — الراهن كالفضولى[1] ، بجامع أن كلا منهما يتصرف فى مال تعلق به حق الغير ، ففى الحالة الأولى يتعلق بالشىء المرهون حق المرتهن ، وفى الحالة الثانية يتعلق بتصرف الفضولى حق المالك الحقيقى الذى بيع ملكه دون إذن منه ودون أن تكون للفضولى ولاية التصرف .

وهذا القياس مردود لأنه قياس مع الفارق ، فضلا عن أن حكم الأصل وهو تصرف الفضولى غير متفق عليه ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح .

وبالنظر فى أدلة كل من القائلين بالوقف والقائلين بالبطلان فإنه لا يسعنا إلا أن نرجح أدلة الفريق الأول ؛ لأن القول بالوقف يحقق الحماية للمرتهن وفيه صيانة لحقه .

المطلب الثانى

بيع المرهون فى القانون

يصح بيع العين المرهونة رهناً رسمياً أو حيازياً ، لأن الرهن لا يخرج المرهون من ملك الراهن ، غير أن حق الراهن فى التصرف فى العقار المرهون مقيد بعدم الإضرار بالدائن المرتهن . وقد نصت المادة ١٠٤٣ من التقنين المدنى المصرى الحالى على أنه : « يجوز للراهن أن يتصرف فى العقار المرهون وأى تصرف يصدر منه لا يؤثر فى حق الدائن المرتهن » .

ونصت المادة ١٠٤٨/٣ على أنه : « وفى جميع الأحوال إذا وقعت

---

(١) انظر فى هذا مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب ج ٤ ص ٤٦٩ .

أعمال من شأنها أن تجعل العقار المرهون غير كاف للضمان جاز للدائن المرتهن أن يسعى إلى القاضى يسأله وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل الكفيلة بتوقى الضرر » .

فإذا كان تصرف الراهن فى العقار بالبيع ، فالدائن المرتهن ينفذ حقه فى مواجهة المتصرف إليه ، لأنه حائز للعقار المرهون . كما يستطيع أن يباشر تحت يد الحائز كل الحقوق التى خولها له القانون ، فله أن يتبع ما يكفل حقه من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان ، طبقاً لمـــا نص عليه القانون فى المـادة ٢٣٤ وما بعدها من التقنين المدنى المصرى الحالى كالدعوى غير المباشرة أى دعوى استعمال حق المدين ، والدعوى البوليصية (دعوى عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن) وغيرها .

غير أنه يشترط لذلك أن يكون حق الدائن المرتهن مقيداً قبل تسجيل عقد المشترى ، وفى هذه الحالة فإنه يحتل مركزاً يستمده من تاريخ قيده للرهن ، وكل تصرف يرد على العقار المرهون بعد هذا القيد لا يلحق الضرر بالدائن ، لأنه لا يسرى فى مواجهته[1] .

أما التصرفات التى يباشرها الراهن وتؤدى إلى إنقاص الضمان إنقاصاً كبيراً ، فإن للدائن المرتهن الاعتراض عليها ، وذلك كأن يقتطع الراهن جزءاً من العقار المرهون ويبيعه فيترتب على هذا التصرف هبوط قيمته الاقتصادية ، كما لو كان المبيع منزلا تحيط به حديقة فتباع الحديقة بصفة مستقلة ، فتتأثر تبعاً لذلك القيمة الاقتصادية للمنزل[2] .

---

(١) انظر فى هذا شرح القانون المدنى (عقد البيع والحوالة والمقايضة) للأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى الطبعة الثالثة ص ١٨٤ — ١٨٥ ، وانظر أيضاً التأمينات العينية للأستاذ الدكتور شمس الدين الوكيل ص ٢٤٧ — ٢٤٨ طبعة ١٩٥٩ م

(٢) انظر فى هذا التأمينات العينية للدكتور شمس الدين الوكيل ص ٢٤٨ .

وقد نصت على هذا المادة ١٠٤٧ من التقنين المدنى المصرى الحالى. فقالت : « يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، وله فى حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق فى ذلك » .

ويتبين مما سبق أنه يجوز للمالك التصرف فى العين المرهونة بالبيع بدون إذن المرتهن ، وينفذ تصرفه وتبقى العين محملة بحق الرهن ، بمعنى أنه يجوز للمرتهن استيفاء حقه من العين ، ولو انتقلت ملكيتها إلى غير المالك وهذا ما يسمى بحق التتبع[١] .

ونحن نرى أن ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية القائلون باعتبار التصرف فى العين المرهونة بالبيع صحيحاً موقوفاً على إجازة المرتهن ، هو الأولى بالقبول ، إذ أنه يهدف إلى حماية المرتهن والمحافظة على حقه ، فإذا أجاز البيع نفذ وإن لم يجزه فإنه لا ينفذ حتى يستوفى حقه .

المبحث الثانى

بيع المستأجر

المطلب الأول

بيع المستأجر فى الشريعة

ذهب الحنفية إلى أن بيع المستأجر كبيع المرهون ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة المستأجر ، وذلك لتعلق حقه به ، فإن أجاز البيع نفذ وانفسخت الإجارة ووجب على المستأجر تسليم العين للمشترى ولكن يحق له حبسها حتى يسترد ما عجله من الأجرة .

---

(١) انظر فى هذا شرح القانون المدنى فى عقد البيع للأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ١٨٥ .

وإذا لم يجز المستأجر البيع ، فالبيع يتوقف فى حقه ، فإذا انقضت الإجارة نفذ البيع ، ووجب تسليم العين إلى المشترى .

وقد نصت المادة ٢٩٩ من مرشد الحيران على أن : « بيع المرهون والمستأجر ينعقد موقوفاً على إجازة المرتهن والمستأجر فإن أجاز المستأجر البيع أو مضت المدة أو انفسخت الإجارة نفذ البيع ، ولا ينزع العقار من يد المستأجر حتى يستوفى ما قدمه من الأجرة غير المستحقة » .

وليس للمؤجر فسخ البيع الذى صدر منه للمشترى[1] ، أما المشترى فله خيار الفسخ إذا لم يكن يعلم وقت الشراء بأن الشىء مستأجر وله أيضاً حق إمضائه ، وتقرير الفسخ له إنما قصد به حمايته مما قد يحدث من تأخير تسليم المبيع ، فهو عيب يحق له بسببه الفسخ .

وإذا كان المشترى عالماً وقت الشراء بأن الشىء مستأجر يثبت له هذا الخيار عند محمد[2] .

ولكن هل يملك المستأجر حق الفسخ ؟

رجح ابن عابدين القول بأن المستأجر لا يملك حق الفسخ كما لا يملك المرتهن فسخ الرهن ، وقيل يملكه المرتهن دون المستأجر ، لأن حق المستأجر فى المنفعة بخلاف المرتهن فإن حقه فى العين[3] .

---

(١) جاء فى الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١١٠ : « وليس للراهن والآجر حق الفسخ أصلا فإن أجاز المستأجر البيع نفذ ولاينزع العقارمن يده حتى يصل إليه ماله كذا فى الفصول العمادية » . وانظر أيضاً رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٥ .

(٢) جاء فى الفتاوى التتارخانية المجلد الثانى مخطوط رقم ٣٤٤ بدار الكتب المصرية : « وبيع المستأجر نظير بيع المرهون موقوف عند عامة المشايخ وهو الصحيح والمشترى الخيار إذا لم يعلم وقت الشراء أن المشترى مرهون أو مستأجر لتأخر التسليم لحق المرتهن والمستأجر ، وإن كان عالماً به وقت الشراء فكذا عند محمد يثبت له الخيار ، وفى الغياثية له الخيار إن علم إن شاء تربص وإن شاء نقض » .

(٣) جاء فى رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٥ : « ووقف بيع المرهون والمستأجر =

وكذلك فإن هناك فرقاً بين بيع المرهون وبيع المستأجر ، فإذا باع المؤجر العين مرتين فإجازة المستأجر للبيع الثانى ليست إلا نزولا عن حقه فى المنفعة ، فتتخلص العين من الحق الذى تعلق بها ، وينفذ البيع الأول ، لأنه مقدم على البيع الثانى . أما لو باع الراهن العين مرتين فإجازة المرتهن للبيع الثانى تعتبر بمثابة نزول عن حقه فى العين ذاتها لا فى المنفعة إلى المشترى الثانى ، فتتخلص العين لهذا المشترى وينفذ البيع الصادر إليه دون البيع الصادر إلى الأول[1] .

هذا هو رأى الحنفية فى حكم بيع العين المستأجرة ينعقد موقوفاً على إجازة المستأجر لتعلق حقه به .

وخالفهم فى ذلك جمهور الفقهاء من المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] والشيعة الإمامية[5] فهم يقررون أنه إذا باع المؤجر العين

= على إجازة المرتهن والمستأجر ، أى فإن أجازه المرتهن والمستأجر نفذ ، ولكن هل يملكان الفسخ قيل لا وهو الصحيح وقيل يملكه المرتهن دون المستأجر لأن حقه فى المنفعة ، ولذا لو هلكت العين لا يسقط دينه وفى الرهن يسقط دينه وجزم فى الخانية بالثانى ولكن فى حاشية الفصولين للرملى عن الزيلعى لا يملك المرتهن الفسخ فى أصح الروايتين » .

(١) فى الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١١٠ : «إذا باع المستأجر من رجل بغير إذن المستأجر ثم باعه من المستأجر جاز البيع من المستأجر وهو نقض للبيع الأول ، ولو باعه من رجل ثم باعه من آخر فأجاز المستأجر البيع الأول والثانى نفذ البيع الأول وبطل الثانى » . وانظر أيضاً فى الفرق بين بيع المستأجر والمرهون البدائع للكاسانى ج ٤ ص ٢٠٨ .

(٢) انظر فى فقه المالكية الحطاب ج ٥ ص ٤٠٨ .

(٣) انظر الشافعية تحفة المحتاج لابن حجر طبعة بولاق ج ٦ ص ١٩٩ .

(٤) انظر فى فقه الحنابلة كتاب الإفصاح عن شرح معانى الصحاح ص ٢٢٥ لأبى المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلى المتوفى سنة ٥٦٠ هـ الطبعة الأولى ١٣٤٧ هـ /١٩٢٨ م بالمطبعة العلمية بحلب .

(٥) جاء فى مفتاح الكرامة للعاملى ج ٧ ص ٨٧ — ٨٨ : « إذا باع المالك العين المستأجرة صح البيع ولا يقع باطلا فإن لم يكن المشترى عالماً تخير بين فسخ البيع وإمضائه مجاناً مسلوب المنافع إلى آخر المدة فعلى المشترى إن كان عالماً بالإجارة الإمساك عن التصرف حتى =

المستأجرة لغير المستأجر، فإن البيع يقع صحيحاً نافذاً، وليس المشترى حق فسخ البيع إذا علم بالإجارة، وإلا فله حق الفسخ كما لو كان هناك عيب يبرر ذلك.

ومن ثم فإنه يتخلص لنا أن فى حكم بيع المستأجر رأيين: رأى يقول بالوقف وإلى هذا ذهب الحنفية، ورأى يقول بأن البيع يقع صحيحاً نافذاً وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية.

دليل القائلين بالوقف

بيع المستأجر كبيع المرهون ينعقد موقوفاً على الإجازة، بجامع أن كلا منهما قد تعلق به حق الغير كالمستأجر والمرتهن، وتعلق حق الغير بالمحل يمنع نفاذ العقد ويجعله موقوفاً على إجازة من تعلق حقه به.

ويناقش هذا بأن حكم الأصل وهو بيع المرهون غير متفق عليه، فمن الفقهاء من يقول ببطلانه، ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح، لأن من شرط القياس الأصولى أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه.

ثم إنه قياس مع الفارق، فتعلق حق المرتهن يكون بالرقبة أو بالعين المرهونة، أما حق المستأجر فيتعلق بالمنفعة وفرق بينهما فيكون القياس أيضاً غير صحيح.

= تنقضى مدتها، وإن لم يكن عالماً بذلك جاز له الخيار فى الرد بالعيب، ووجه انه عيب أو كالعيب أن المنفعة المستوفاة بعقد الإجارة تفوت على المشترى وهو ضرر لأن إطلاق العقد وقع على ماهو الغالب من وجوب التسليم والانتفاع وقد فاته ذلك فجعل له الشارع الخيار ليتخلص من هذا الضرر فإن شاء فسخ، وإن اختار الإمضاء لم يكن له الإمضاء مجاناً وذلك لأن ملك العين إنما يقتضى ملك المنافع تبعاً».

آخر فلا يكون الإيجار نافذاً فى حق ذلك الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية » .

ومفهوم المخالفة لهذا النص هو أن الإيجار يسرى فى مواجهة من تنتقل إليه الملكية ، إذا كان له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى أدى إلى نقلها .

فلكى يسرى الإيجار فى مواجهة من تنتقل إليه ملكية العين المؤجرة يجب توافر شرطين :

١ — أن يكون للإيجار تاريخ ثابت .

٢ — أن يكون هذا التاريخ الثابت سابقاً على التصرف الذى نقل الملكية[1] .

ونحن نخلص مما سبق أن المؤجر يملك بيع العين المؤجرة وينعقد بيعه صحيحاً نافذاً دون توقف على إجازة المستأجر ، ويبقى حق المستأجر نافذاً فى مواجهته إذا كان له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية ، فإن لم يكن الإيجار ذا تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية ، فإنه لا يكون نافذاً فى حق المالك الجديد[2] .

وبالمقارنة بين أحكام كل من الشريعة الإسلامية والقانون فى بيع العين المستأجرة ، نجد أن الإيجار فى كل منهما يظل سارياً ونافذاً رغم انتقال الملكية إلى الغير ، ولكن أساس استمرار الإيجار يختلف فى الشريعة عنه فى قانوننا المدنى ، ففى الأخير يقع البيع نافذاً فى مواجهة المستأجر ، كل ما هنالك هو أن المشترى يلتزم بدوره باحترام الإيجار ، أما فى الشريعة

---

(١) انظر فى بيان هذا المرجع السابق ص ٤٩٠ .

(٢) شرح القانون المدنى فى البيع للأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ١٨٥ .

فالبيع ذاته لاينفذ ويتوقف عند من يقول من فقهاء الشريعة بفكرة الوقف على إجازة المستأجر مالم يجزه ، فإنْ لم يفعل بقي نفاذ البيع موقوفاً حتى ينتهي حقه[1] .

ونحن نرى أن الأولى هو القول بعدم نفاذ البيع بالنسبة للمستأجر وتوقفه على إجازته منعاً للضرر عنه ومحافظة على حقه .

---

(١) وهذا مانصت عليه المادة ٥٥٣ من مرشد الحيران فقالت : « بيع العين المأجورة يتوقف نفاذه على إجازة المستأجر فإن أجازه جاز وإن لم يجزه يبقى موقوفاً إلى أن يسقط حق المستأجر » . وانظر أيضاً المادة ٥٩٠ من مجلة الأحكام العدلية .

الفصل الرابع

التصرف فى الحصة الشائعة بالبيع

المبحث الأول

التصرف فى الحصة الشائعة بالبيع فى الشريعة

المشاع هو جزء غير محدود فى مال مشترك بين اثنين فأكثر .

وقد ذهب فقهاء الحنفية إلى أن لكل واحد من الشركاء فى الملك ، الحق فى أن يتصرف فى حصته كيف يشاء بدون إذن شريكه بجميع التصرفات التى لا تضر شريكه فله أن يبيع حصته لشريكه أو لغيره بدون إذن ، هذا إذا لم تكن الشركة بالخلط والاختلاط فإن كانت بالخلط أو الاختلاط فإنه لايجوز للشريك أن يتصرف فى حصته الشائعة بدون إذن شريكه ، وينعقد تصرفه موقوفاً على إجازة هذا الشريك أو الشركاء الآخرين[1] ، لأن كل جزء من المال الشائع فى حالة الخلط والاختلاط يعتبر مملوكا لجميع الشركاء ، ليس للشريك فيه جزء معين ، فإذا باع لغير شريكه فإنه لا يقدر على تسليمه إلا مخلوطاً بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه ، وهذا بخلاف بيعه للشريك فإنه يقدر فى هذه الحالة على تسليمه له .

---

(١) جاء فى الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٨٩ طبعة ١٣٠١ هـ . « بيع أحد الشركاء نصيبه من المشترك بغير الخلط والاختلاط يصح وفى المشترك بأحدهما لايصح بدون إذن إذا كانت الأشياء المذكورة مشتركة بين الإخوة من الابتداء بأن اشتروها أو ورثوها كان كل جزء منها مشتركا بينهم فيبيع كل منهم نصيبه شائعاً جائز من الشريك والأجنبى بخلاف ما إذا كانت بالخلط أو الاختلاط فلا يجوز البيع إلا من الشريك ولا ينفذ البيع فى نصيب الشريك بدون إذنه أو إجازته » . وجاء فى رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٦ : « بيع نصيبه من مشترك بالخلط والاختلاط فإنه موقوف على إجازة شريكه » .

فكل واحد من الشركاء فى هذه الحالة ممنوع من القيام بكل تصرف يضر بحصة شريكه . فإذا باع أحد الشريكين المال المشترك بدون إذن الآخر وسلمه للمشترى فهلك عنده ، فللشريك الآخر أن يضمن شريكه أو المشترى ، فإن ضمن الشريك جاز البيع ، وإن ضمن المشترى رجع المشترى بنصف الثمن على بائعه .

وإذا كانت الشركة بسبب الميراث أو الشراء أو الهبة ، فإنه يجوز بيع الشريك نصيبه لشريكه ، ويجوز البيع للأجنبي موقوفاً على إجازة الشريك الآخر[1] .

وإذا باع الشريك الحصته الشائعة فى عقار فهل ينصرف ذلك إلى نصيبه ؟ وما هو الحكم لو باع فضولى لا ولاية له فى التصرف نصف العقار المملوك مشاركة بين اثنين ؟

جاء فى الفتاوى الهندية : إذا باع أحد الشريكين نصف الدار مشاعاً ينصرف ذلك إلى نصيبه ، ولو باع فضولى نصف الدار المشتركة بين رجلين ينصرف البيع إلى نصيبهما ، فإن أجاز أحدهما صح فى النصف الذى هو نصيب المجيز . وهذا قول أبى يوسف رحمه الله تعالى وقال محمد وزفر رحمهما الله تعالى البيع جائز فى ربعها[2] .

---

(١) جاء فى الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٥٤ الطبعة الثانية الأميرية ١٣١٠ هـ : « ولو كانت ثياب بين رجلين أو غنم أو ما أشبه ذلك مما ينقسم فباع أحدهما حصته من شاة أو ثوب فإنه يجوز وليس لشريكه أن يبطله فى رواية محمد رحمه الله تعالى وفى رواية الحسن بن زياد لا يجوز إلا بإجازة شريكه وبه أخذ الطحاوى رحمه الله تعالى كذا فى المحيط » . وفى نفس المرجع ص ١٥٥ : « بئر وأرض بين رجلين باع أحدهما نصيبه من البئر بطريقه فى الأرض جاز البيع فى البئر ولا يجوز فى الطريق وهو الصحيح ويتوقف على إجازة صاحبه فلو أجاز شريكه جاز البيع فى الكل وإن باع نصف البئر بغير طريق جاز هكذا فى محيط السرخسى » . وانظر أيضاً شرح الجامع الوجيز المعروف بالفتاوى البزازية مخطوط رقم ٣٤٣ بدار الكتب المصرية .

(٢) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٥٤ .

وبرأى الحنفية فى القول بانعقاد تصرف الشريك بالبيع للأجنبى موقوفاً على إجازة الشريك الآخر إذا كانت الشركة بالخلط والاختلاط — أخذ صاحب مرشد الحيران فنصت المادة ٣٦٩ على أن : « لكل واحد من الشركاء فى الملك أن يتصرف فى حصته كيف شاء بدون إذن شريكه بجميع التصرفات التى لا يترتب عليها ضرر لشريكه ، فله بيع حصته ولو من غير شريكه بلا إذن إلا فى صورة الخلط والاختلاط ، فإنه لا يجوز البيع من غير شريكه بلا إذنه ، وليس له أن يتصرف فى حصته تصرفاً من التصرفات الضارة بدون إذن شريكه »[1] .

وإلى ما ذهب إليه الحنفية جنح المالكية[2] والشافعية[3] وفى إحدى الروايتين عند الحنابلة[4] ، كما ذهب إلى ذلك الشيعة الزيدية[5] والإمامية[6]

---

(١) انظر فى نفس المعنى المادتين ٢١٤ ، ٢١٥ من مجلة الأحكام العدلية وشرح المجلة للأستاذ سليم رستم باز ج ١ ص ٩١ .

(٢) انظر فى فقه المالكية شرح الخرشى على مختصر خليل ج ٦ ص ٤٥ طبعة ١٣١٧ هـ ففيه « تصرف الإنسان فى مال نفسه لا يحتاج فيه الإذن قلت قد علمت أن كل واحد باع بعض ماله ببعض مال الآخر على وجه الشيوع فيحتاج فى تصرفه فى ماله للاذن بذلك » .

(٣) جاء فى نهاية المحتاج ج ٥ ص ٩ طبعة ١٣٥٧هـ/١٩٣٨ م : « ولكن لا يتصرف أحدهما (الشريكان) إلا بإذن الآخر » . وانظر أيضاً الوجيز للغزالى ج ١ ص ١٨٦ طبعة ١٣١٧ هـ .

(٤) جاء فى المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ١٥٠ طبعة ١٣٤٧ هـ : « الشريك إذا فعل مالم يؤذن فيه فإن هذا يشبه البيع الصادر من الأجنبى ويكون البيع باطلا لأنه خالف مقتضى الإذن ، أما على الرواية الأخرى فى المذهب التى تقرر أن البيع الصادر من الأجنبى يقف على الإجازة فيمكن أن يقاس تصرف الشريك عليه » .

(٥) جاء فى كتاب المنتزع المختار فى فقه الشيعة الزيدية ج ٣ ص ٤٦ — ٤٧ : « وينفذ البيع فى نصيب العاقد إذا كان شريكا فأما نصيب الشريك فوقوف على إجازته فإن أجاز صح ، وإلا صح فى نصيب العاقد فقط غالباً احترازاً من بعض الصور وذلك حيث يكون نفوذه فى نصيب الشريك يحصل به ضرر على الشركاء فإنه لا ينفذ فى نصيبه إذا لم يجيزوا » . وانظر أيضاً البحر الزخار ج ٣ ص ٣٣٠ .

(٦) انظر فى فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملى ج ٧ ص ٨٧ .

فهم يقولون بانعقاد تصرف الشريك فى حصته الشائعة موقوفاً على إجازة الشريك الآخر وإذنه .

وذهب أهل الظاهر[١] وكذا الحنابلة[٢] فى الرواية الأخرى فى المذهب إلى أن تصرف الشريك فى الحصة الشائعة ينعقد باطلا سواء أكان هذا الجزء قليلا أم كثيراً وسواء أكان التصرف بالبيع أو الإجارة ، أم بالهبة أو الوقف .

ومن ثم فإنه يتلخص لنا أن هناك رأيين فى حكم تصرف الشريك فى الحصة الشائعة إذا كانت الشركة بالخلط والاختلاط .

١ — رأى يقول بالوقف وإلى هذا جنح الحنفية والمالكية والشافعية والشيعة الزيدية والإمامية وفى إحدى الروايتين عند الحنابلة .

٢ — رأى يقول بالبطلان وإلى هذا ذهب الظاهرية وكذا الحنابلة فى الرواية الأخرى فى المذهب .

أدلة القائلين بالوقف

١ — استدلوا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « من كان له شريك

---

(١) جاء فى المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ١٣٣ مسألة رقم ١٢٥٦ : « ولا يحل لأحد الشركاء إنفاذ شىء من الحكم فى جزء معين مما له فيه شريك ولا فى كله سواء قل ذلك الجزء أو كثر لابيع ولا صدقة ولا هبة ولا إصداق ولا إقرار فيه لأحد ولا تحبيس ، ولاغير ذلك كمن باع ربع هذا البيت أو ثلث هذه الدار أو ما أشبه ذلك ، أو كان شريكه حاضراً أو مقاسمته له ممكنة . لأن كل ماذكرنا كسب على غيره لأنه لايدرى أيقع له عند القسمة ذلك الجزء أم لا وقد قال الله تعالى : « ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى » . وقال صلى الله عليه وسلم : « إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام » . وجاء فى المسألة رقم ١٢٥٧ من نفس المرجع : « فإن وقع شىء مما ذكرنا فسخ أبداً سواء وقع ذلك الشىء بعينه بعد ذلك فى حصته أو لم يقع لاينفذ شىء مما ذكرنا أصلا لقوله صلى الله عليه وسلم : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » .

(٢) انظر فى فقه الحنابلة المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ١٥٠ .

في نخل أو أربعة فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضى أخذ وإن كره ترك »[1] .

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن بيع الشريك لحصته الشائعة والمختلطة بحصة شريكه ينعقد موقوفاً على إجازة هذا الشريك منعاً للضرر الذى قد يحيق به .

٢ — تصرف الشريك فى الحصة الشائعة بالبيع كتصرف الموصى فى القدر الزائد على الثلث وكتصرف المدين الضار بمصلحة الغرماء ، ينعقد موقوفاً على الإجازة لتعلق حق الغير به .

ويناقش هذا بأن حكم الأصل غير متفق عليه ، فمن الفقهاء من يقول ببطلان تصرف كل من الموصى فى القدر الزائد على الثلث ، وتصرف المدين الضار بمصلحة الغرماء فيكون القياس غير صحيح .

٣ — البيع الصادر من الشريك كالبيع الصادر من الفضولى حين يبيع ملك الغير[2] بجامع أن كلا منهما يتصرف فى مال تعلق به حق الغير ، فالشريك يعتبر كالفضولى بالنسبة للتصرف فى الحصة الشائعة إذا كانت الشركة بالخلط والاختلاط ، فيعتبر كأنه قد باع ماله ومال شريكه فيقف على إجازة الشريك .

ويناقش هذا بأنه قياس مع الفارق ، فالفضولى حين يتصرف فى مال الغير بالبيع ونحوه ، إنما يتصرف فى مال غير مملوك له فينعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك أو صاحب الحق فى الإجازة ، أما هنا فالشريك يتصرف فى مال مملوك له ملكية شائعة ومختلطة بحق شريكه أو شركائه الآخرين . هذا فضلا عن أن قياس الشريك فى هذه الحالة على الفضولى

---

(١) انظر فى تخريج هذا الحديث النووى على صحيح مسلم ج ٤ ص ٧٠ ، وانظر فى استدلال الحنابلة بهذا الحديث إعلام الموقعين لابن القيم ج ٢ ص ٢٥٠ .

(٢) المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ١٥٠ طبعة ١٣٤٧ هـ .

قياس غير أصولى لأن من شرطه أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه ، فمن الفقهاء من يقول ببطلان تصرف الفضولى فيكون القياس غير صحيح .

دليل القائلين بالبطلان

استدل هؤلاء الفقهاء بقوله تعالى « ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى »(١) .

كما استدلوا من السنة بقوله صلى الله عليه وسلم : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهورد » .(٢) وقوله عليه السلام : « إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام »(٣) .

ووجه الدلالة من هذه النصوص أن تصرف الشريك فى الحصة الشائعة قبل القسمة يعتبر تصرفاً باطلا ، لأن الشريك لا يدرى حين تصرفه هل يقع الجزء الذى تصرف فيه بالبيع له عند القسمة أم لا (٤) ، فيكون كمن باع ملك غيره بغير إذنه وبيع ملك الغير عندهم باطل لا موقوف .

وهذا القياس مردود ، لأنه قياس مع الفارق ، فضلا عن أن حكم الأصل غير متفق عليه فيكون القياس غير صحيح .

وبالنظر فى أدلة كل من القائلين بالوقف ودليل القائلين بالبطلان فإنه يترجح لنا الرأى الأول لأن فيه تحقيقاً لمصلحة الشريك أو الشركاء الآخرين فى الملك ، كما يمنع الوقف ما قد يحدث لهم من أضرار تنجم عن تصرف الشريك ، والضرر ممنوع وتجب إزالته .

---

(١) سورة الأنعام جـ ٨ آية ١٦٤ .

(٢) روته السيدة عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم بسند صحيح (انظر فى هذا الجامع الصغير فى الأحاديث للسيوطى الشافعى جـ ٢ ص ٥٣٩ مطبعة مصطفى محمد بمصر) .

(٣) انظر نيل الأوطار للشوكانى جـ ٥ ص ٢٦٨ .

(٤) انظر المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ١٣٣ مسألة رقم ١٢٥٦ .

المبحث الثانى

التصرف فى الحصة الشائعة بالبيع فى القانون

تمهيد :

عرفت المادة ٨٢٥ من التقنين المدنى المصرى الحالى الشيوع بقولها : « إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك » .

فالحصة التى يملكها الشريك فى الشيوع تعتبر شائعة فى كل المال ، ولا تتركز فى جانب منه بالذات[١] .

والتصرف فى الحصة الشائعة يتم على النحو التالى .

قد يقوم بالتصرف الشركاء جميعاً فى المال الشائع وهذه الحالة لا تثير صعوبة فالتصرف يعتبر نافذاً فى حق جميع الشركاء .

وقد يقوم أحد الشركاء بالتصرف فى المال الشائع كله[٢] ، وفى هذه الحالة يعتبر تصرفه فيما زاد على نصيبه الشائع فى المال وارداً على ملك الغير وتنطبق هنا أحكام المادة ٤٦٦ من التقنين المدنى المصرى الحالى فلا يسرى التصرف فى مواجهة الشركاء الآخرين ولهم أن يطلبوا ذلك دون انتظار لنتيجة القسمة ، كما يحق للمشترى أن يطلب إبطال البيع فيما زاد على نصيب البائع ، كما يستطيع أيضاً إبطال البيع بالنسبة لجميع المال إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة على أساس الغلط[٣] .

---

(١) عقد البيع للدكتور أنور سلطان ص ٣٩٦ الطبعة الأولى ١٩٥١ م .

(٢) حق الملكية للأستاذ الدكتور محمد على عرفة ص ٤٠٣ طبعة ١٩٥٠ م وعقد البيع للدكتور أنور سلطان ص ٣٩٨ .

(٣) الحقوق العينية الأصلية للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص ١٩٩ — ٢٠٠ طبعة ١٩٦٤ م .

وتعرض الصعوبة حين يقوم أحد الشركاء أو البعض منهم بالتصرف في حصته دون موافقة سائر الشركاء ، وفي هذه الحالة قد يرد التصرف على حصة المتصرف الشائعة ، كما قد يرد على حصة مفرزة من المال الشائع . وهذا ما أوضحه في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول

تصرف الشريك في حصته الشائعة بالبيع في القانون

للمالك على الشيوع أن يتصرف في حصته الشائعة بكافة أنواع التصرفات ، كما أن له أن يستعمل حقه وأن يستغله بشرط عدم الإضرار بحقوق الشركاء الآخرين . وقد نصت على ذلك المادة ٨٢٦ من التقنين المدني المصري الحالي في فقرتها الأولى فقالت : كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاماً ، وله أن يتصرف فيها ، وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء» .

وبناء على ذلك فإنه يجوز المالك على الشيوع أن ينقل ملكية نصيبه للغير بالبيع ونحوه ، ويكون تصرفه صحيحاً نافذاً في حق غيره ، لأن التصرف ورد في نطاق حقه .

ولكن يلاحظ أن تصرف الشريك في حصته الشائعة في عقار معين بالبيع لأجنبي ، يخول باقي الشركاء حق المطالبة بأخذ هذه الحصة بالشفعة (م ٩٣٦/٢ مدني مصري) ، كما يجوز لكل شريك أيضاً أن يسترد الحصة الشائعة المبيعة لأجنبي ، إذا كانت في منقول أو في مجموع من المال وفقاً للإجراءات التي بينها القانون في المادة ٨٣٣ من التقنين المدني المصري[1] .

---

(١) انظر في هذا الوسيط في حق الملكية للأستاذ الدكتور السنهوري جـ٨ ص٨٤٣ فقرة ٥١٢ طبعة ١٩٦٧م ، وانظر أيضاً الحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوي =

المطلب الثانى

تصرف الشريك فى حصة مفرزة من المال الشائع بالبيع

نصت المادة ٢/٨٢٦ من التقنين المدنى المصرى الحالى على أنه : «إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة ، وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق فى إبطال التصرف» .

ونحن نلاحظ أن هذا النص يشمل جميع أحوال التصرف وليس البيع فقط كما نلاحظ من جهة أخرى ، أنه لم يبين صراحة حكم التصرف إلا بعد القسمة ، ولم يذكر حكمه بين العاقدين ولا بالنسبة لسائر الشركاء قبل القسمة .

لهذا كان من الضرورى أن نبين حكم التصرف فى الحالتين :

الفرع الأول

حكم التصرف قبل القسمة

نوضح فيما يلى حكم التصرف قبل وقوع القسمة ، سواء بالنسبة لطرفى التصرف أم بالنسبة لسائر الشركاء .

= ص ١٥٢ — ١٥٣ الطبعة الثانية ١٩٥٦ م ، وحق الملكية للدكتور محمد على عرفة ص ٣٩٣ — ٣٩٤ ، ونظرية التأمينات فى القانون المدنى للدكتور شمس الدين الوكيل ص ٩٥/٩٦ طبعة ١٩٥٦ م .

أثر تصرف الشريك فى حصة

مفرزة بالنسبة للمتعاقدين

(أ) قبل صدور القانون المدنى المصرى الحالى :

الأصل أن الشريك فى الشيوع لا يجوز له أن يتصرف فى حصة مفرزة من المال الشائع ، لأن حق الشريك لا يقع على جزء معين بل يقع على المال جميعه ، دون أن يتحدد هذا الحق مادياً ، فسائر الشركاء يزاحمونه فى هذا الحق على الشيء(١).

ولهذا فإن تصرف الشريك فى جزء مفرز يعتبر فى جزء منه وارداً على ملك الغير ، ويجوز بالتالى للمتصرف إليه أن يطالب ببطلانه حتى قبل وقوع القسمة ، ودون انتظار نتيجتها . وقد أخذت بعض المحاكم بهذا الرأى(٢) ، واشترطت بعض الأحكام أن يكون المشترى غير عالم بحالة الشيوع ، حتى تقبل دعوى البطلان منه(٣) .

ولكن معظم الأحكام يعلق حكم البيع على نتيجة القسمة ، فإذا وقع الجزء موضوع التصرف فى نصيب المتصرف نفذ البيع بأثر رجعى ، وإلا اعتبر كأن لم يكن ، ولذلك لا يجوز للمشترى أن يطلب إبطال هذا البيع قبل القسمة(٤) .

وقد أشارت إلى هذا الخلاف محكمة النقض فى حكمها الصادر بجلسة ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ فقالت : « إنه وإن اختلف الفقه والقضاء فى حكم بيع الشريك جزءاً مفرزاً من مال مشاع ، هل يقع صحيحاً فى حصة البائع منه

---

(١) انظر فى هذا الحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى ص ١٦٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ يونيه ١٩١٢ ، المجموعة ٢٤ ص٤١٧ .

(٣) استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢م ، المحاماة ١٣ رقم ٣٤ ص ١٩١ .

(٤) استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠ م ، المحاماة ٢١ رقم ٣١ ص ٤٦ .

وباطلا فى حصص شركائه ، أم يقع موقوفاً على نتيجة القسمة بين جميع الشركاء ، فإنما وقع اختلافهم هذا فى تقرير حكم هذا العقد بين عاقديه ، فمن ذهب إلى اعتباره باطلا جعل للمشترى حق إبطاله من يوم العقد لما فيه من تفريق الصفقة عليه ، ومن رأى أنه بيع موقوف لم يجعل للمشترى سبيلا إلا بالقسمة وخروج المبيع من حصة بائعه »[1] .

هذا هو موقف القضاء قبل صدور التقنين المدنى المصرى الحالى فهل تضمن نص المادة ٨٢٦ حكما للتصرف قبل وقوع القسمة ؟

هذا ما نوضحه فيما يلى :

(ب) بعد صدور القانون المدنى المصرى الحالى :

١ — ذهب بعض الفقهاء إلى أن المستفاد من نص المادة ٨٢٦ المذكورة ، هو أن المشرع قد أخذ بالاتجاه الغالب فى الفقه والقضاء ، فاعتبر التصرف موقوفاً فى الأصل على نتيجة القسمة[2] .

وطبقاً لهذا الرأى فإنه لايحق للمشترى طلب إبطال البيع استناداً إلى أحكام المادة ٤٦٦ من التقنين المدنى المصرى الخاصة ببطلان بيع ملك الغير لأن بيع الحصة المفرزة من المال الشائع لا يمكن اعتباره بيعاً لملك الغير ، ولكن المشترى إذا اتضح أن بائعه لا يملك ماباع ملكية فردية خالصة ، استطاع إذا أمكن إثبات الغلط أن يبطل العقد بسبب تعيب الرضاء[3] .

وذهب البعض الآخر من الفقهاء ، إلى أن المادة ٨٢٦ لا تفيد اعتمادها

---

(١) نقض ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ ، المحاماة ١٣ رقم ٦٤ ص ١٦١ .

(٢) انظر من هذا الرأى حق الملكية للدكتور محمد على عرفة فقرة رقم ٢٨٨ ص ٤٠١ . وانظر أيضاً الدكتور شفيق شحاتة فى الأموال فقرة ١٤١ ص ١٦١ .

(٣) انظر فى هذا الأموال للدكتور شفيق شحاتة فى الموضع السابق .

الرأى القائل بعدم جواز الإبطال قبل القسمة ، ولكن المشرع قصد بها فقط تقرير مبدأ الحلول العينى علاجاً للمضار التى تترتب على الأثر الكاشف للقسمة ، وعلى ذلك يكون بيع الشريك حصة مفرزة حكمه حكم بيع ملك الغير فيجوز للمشترى إبطاله سواء أكان عالماً بالشيوع أم غير عالم به[1] .

ويفرق بعض الفقهاء بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا كان المشترى يعلم وقت البيع أن البائع لا يملك الحصة المبيعة ملكية مفرزة وقع البيع صحيحاً ، بمعنى أنه لا يجوز للمشترى قبل القسمة أن يطلب إبطال البيع ، بل يعتبر مالكا على الشيوع بنسبة الجزء الذى اشتراه ، لأنه لا يمكن أن تكون له حقوق أكثر من سلفه ، وسلفه لم تكن له ملكية مفرزة بل ملكية شائعة .

كذلك فإنه لا يجوز للمشترى بعد القسمة طلب إبطال البيع ولو لم تقع الحصة المبيعة فى نصيب البائع ، بل ينتقل حقه إلى الحصة التى وقعت فى نصيب هذا الأخير[2] وذلك استناداً إلى نظرية الحلول العينى[3] .

الحالة الثانية : إذا كان المشترى يجهل وقت البيع أن البائع لا يملك الجزء المبيع ملكية مفرزة ، فإن له الحق فى أن يطالب بإبطال العقد على

---

(١) عقد البيع للأستاذ الدكتور سليمان مرقس ، ومحمد على إمام ص ٤٦٩ وما بعدها فقرة ٢٨٧ .

(٢) الحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى ص ١٦٢ ، وعقد البيع للدكتور أنور سلطان ص ٣٩٧ — ٣٩٨ ، والحقوق العينية الأصلية للدكتور حسن كيرة الطبعة الأولى ١٩٥٨ م جـ١ ص ٣٤٠ — ٣٤١ ، والتأمينات العينية للدكتور شمس الدين الوكيل ص ٩٧ .

(٣) جاء فى نظرية الحلول العينى للدكتور منصور مصطفى منصور ص ٢ القاهرة ١٩٥٣ م : « الحلول بصفة عامة هو التبديل القانونى ، فإذا كنا بصدد تبديل شخص بآخر كان الحلول شخصياً وإذا تبدلت عين بأخرى سمى الحلول عينياً ، فالحلول العينى هو التبديل القانونى لعين بأخرى » .

أساس الغلط فى صفة جوهرية من صفات المبيع ، وهى كونه مملوكاً ملكية مفرزة للبائع ، ولأنه قصد شراء حصة مفرزة لا حصة شائعة .

أما بعد القسمة فيمتنع عليه أن يطالب بإبطال العقد إذا وقع الجزء المبيع فى نصيب البائع ، فى حين أنه يجوز له ذلك إذا لم تقع فى نصيبه ؛ على أساس أن المبيع لم يكن وقت البيع مملوكا للبائع ، لأن القسمة كاشفة للحق فيعتبر المتقاسم الذى آلت إليه الحصة المبيعة مالكا لها منذ أن تملك فى الشيوع[1] .

أثر تصرف الشريك فى حصة مفرزة بالنسبة لسائر الشركاء

ذهب بعض الفقهاء إلى أن تصرف الشريك فى الحصة الشائعة بالبيع على انفراد فى جزء مفرز من المال الشائع ، يعتبر تصرفاً صحيحاً فيما بين المتعاقدين لاعتباره صادراً من مالك[2] ، ولكنه يعتبر فى نفس الوقت غير نافذ فى حق باقى الشركاء ، ومن ثم فإن التصرف الذى يجريه أحد

---

(١) عقد البيع للأستاذ الدكتور أنور سلطان ص ٣٩٨ ، والحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى ص ١٦٢ .

(٢) جاء فى حكم لمحكمة النقض بجلسة ١٩٥٦/٦/٢٨ — مجموعة أحكام محكمة النقض — السنة السابعة رقم ١٧ ص ٨٦٠ : « ليس ثمة ما يمنع البائع وإن كان مالكا على الشيوع أن يبيع ملكه محدداً مفرزاً ، وأن حالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشيوع إلا أن هذا كله لا يبطل عقد البيع ، وبتسجيل المشترى لعقده ، تنتقل الملكية إليه ويصبح شريكا لباقى الشركاء تجب مخاصمته فى دعوى القسمة إن لم يجز هؤلاء الباقون من الشركاء عقده ، وعلى ذلك فإنه ليس للمستحق سواء كان شريكاً على الشيوع أو متلقياً ملكه من شريك على الشيوع — أن يدعى الاستحقاق فى المبيع إلا بعد القسمة ووقوع المبيع فى نصيبه هو لا فى نصيب البائع لذلك المشترى وهذا الذى استقر عليه قضاء هذه المحكمة فى ظل القانون المدنى القديم هو ما أخذ به القانون المدنى الحالى فى المادة ٨٢٦ منه » .

الشركاء لا يحتج به بصفته تصرفاً منفرداً قبل الشركاء الآخرين الذين لم يوافقوا عليه من قبل أو لم يقروه بعد[١] .

ويقرر بعض الفقهاء أنه ليس لسائر الشركاء طلب إبطال تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع ، لأن البطلان كما أوضحنا مبنى هنا على أساس الغلط ، وليس لغير المتعاقد التمسك به ، ويقتصر أثر بيع الحصة المفرزة على حلول المشترى كشريك على الشيوع محل البائع فيعتبر هو لا البائع شريكا لسائر الشركاء ، وعلى هذا النحو يتحدد مركز المشترى بالنسبة لسائر الشركاء ، ولذلك يكون للشركاء الحق فى طلب الاسترداد ، لا للحصول على جزء مادى معين من المال الشائع ، بل للاعتراف لهم بحقهم شائعاً فى المال المشاع[٢] .

هذا ويلاحظ أنه إذا أجاز باقى الشركاء تصرف الشريك البائع أخذت هذه الإجازة حكم القسمة ، وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية فقالت : « إذا طلب بعض الورثة تثبيت ملكيته لنصيبه شائعاً ، وتبينت المحكمة من تقرير الخبير الذى ندب فى الدعوى أنه بعد أن تصرف أحد الورثة فى جزء محدود من الأطيان المتخلفة عن المورث ، تصرف سائرهم بالبيع فى أنصبتهم محدودة كذلك ، وتسلم المشترون منهم ما اشتروه وأصبحوا جميعاً لا يملكون شيئاً من هذه الأطيان ، ثم رأت أن تصرف سائر الورثة على هذه الصورة فيه إجازة لما تصرف فيه ذلك الوارث وأن هذا التصرف وقع صحيحاً ، لأنه كان فى حدود القدر الذى يملكه بالميراث ، ولذلك قضت برفض الدعوى ، فقضاؤها سليم ، ولا يمنع من صحة هذا النظر أن يكون تصرف

---

(١) الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى فى حق الملكية ج ٨ ص ٨٧٣ فقرة ٥٣١ . وانظر أيضاً الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول فى حق الملكية ص ١٣٨ فقرة ٦٧ للدكتور إسماعيل غانم طبعة ١٩٥٩ م ، والحقوق العينية الأصلية للدكتور حسن كيرة ج ١ ص ٣٤٠/ ٣٤١ الطبعة الأولى ١٩٥٨ م .

(٢) انظر فى هذا الحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى ص ١٦٣ .

من عدا الوارث الأول لاحقاً لتصرفه ، لأن تصرفه هذا ما كان ليرغمهم على قبوله ، بل كان لهم حق الاعتراض عليه قانوناً ، وما داموا قد تابعوه وتصرفوا فى أنصبتهم على التحديد كما فعل هو ، فإن تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التى تمت بفعل جميع الورثة على السواء[١] .

فهذا الحكم كما هو واضح — لم يستبعد دعوى طلب تثبيت النصيب الشائع لذاته ، وإنما لحصول قسمة فعلية ، ثم إن الحكم قد أشار إلى أن لسائر الشركاء الاعتراض قانوناً على تصرف الشريك فى النصيب المحدد ، ويعتبر تصرفهم بعد ذلك إجازة للتصرف الأول ، ورضاء بالقسمة[٢] .

الفرع الثانى

حكم التصرف بعد القسمة

لم يرد فى المجموعة المدنية المصرية القديمة نص خاص بتصرف الشريك فى الحصة المفرزة ولا فى المال الشائع كله ، ولذلك يجب الرجوع إلى القواعد العامة ، وعلى الخصوص ما هو مقرر من أن القسمة ذات أثر كاشف .

ويؤدى تطبيق هذه القواعد العامة ، إلى أنه إذا وقع الشىء موضوع التصرف بعد القسمة فى نصيب الشريك المتصرف ، صح التصرف ونفذ ، لأنه يكون قد ورد على مال مملوك للبائع ملكاً خاصاً ، فإن لم يقع فى نصيب المتصرف أخذ حكم بيع ملك الغير ، وجاز للمشترى طلب إبطاله .

ولكن المشرع فى التقنين المدنى المصرى الحالى ، أراد أن يضيق فى هذا

---

(١) حكم محكمة النقض المصرية فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة محمود عمر جـ ٤ رقم ١٧٧ ص ٥٠٣ .

(٢) الحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى ص ١٦٥ هامش (١) .

البطلان حرصاً منه على استقرار المعاملات ، فأورد نص المادة ٢/٨٢٦ سالف الذكر .

ويخلص من هذا النص ، أنه إذا تصرف الشريك المشتاع فى حصة مفرزة من المال الشائع ، ولم تقع هذه الحصة المتصرف فيها فى نصيبه عند القسمة فإن التصرف لا يكون باطلا ، ولكنه ينتقل من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة ، ومعنى هذا أن الجزء الذى وقع بالقسمة فى نصيب الشريك المتصرف يحل محل الجزء الذى ورد عليه التصرف أصلا ، ويعتبر التصرف وارداً عليه من وقت إبرامه ، فينتقل إليه حق المتصرف إليه بموجب التصرف ، ولا يكون الحق على الجزء الذى وقع عليه التصرف فى الأصل ، وقد أخذ المشرع فى ذلك بفكرة الحلول العينى[1] .

ولم يسمح المشرع للمتصرف إليه بطلب البطلان ، إلا إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، أما إذا كان يعلم ذلك فليس له الحق فى طلب البطلان ، وينتقل التصرف إلى الجزء الذى وقع فى نصيب المتصرف بعد القسمة .

وهذا البطلان — كما هو واضح — لم يؤسسه المشرع على بطلان التصرف فى ملك الغير ، لأن بطلان التصرف فى ملك الغير يجيز للمتصرف إليه طلب البطلان بغض النظر عن علمه أو عدم علمه بأن الشىء مملوك للغير ، وإنما أسس المشرع هذا البطلان على الغلط ، فالمتصرف إليه إذا كان يجهل أن العين شائعة يكون قد وقع فى غلط فى صفة جوهرية فى الشىء ، الأمر الذى يسمح له بطلب البطلان على هذا الأساس .

الصعوبات التى يثيرها تطبيق الحلول العينى

إذا تأملنا نجد أن المشرع وفقاً لأحكام المادة ٢/٨٢٦ سالفة الذكر لم يبين الإجراءات التى يجب اتباعها فى حالة انتقال حق المتصرف إليه عموماً

(١) انظر فى هذا الحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى ص ١٥٧ .

— كالمشترى لحصة مفرزة — إلى الجزء الذى وقع فى نصيب الشريك بطريق القسمة غير ما تصرف فيه بالفعل ، ومن الطبيعى ألا يقع هذا الانتقال على النصيب بعد القسمة إلا بقدر قيمة الجزء المتصرف فيه أصلا ، فإذا كان ما وقع فى نصيب الشريك المتصرف يساوى بالضبط الجزء المفرز الذى تصرف فيه انتهى الأمر دون صعوبة أو إشكال .

وقد يحدث أن يزيد الجزء المفرز الذى ورد عليه التصرف أو ينقص عن النصيب الذى اختص به الشريك بعد القسمة ، وهنا تثور الصعوبات فى تطبيق مبدأ الحلول العينى الذى وضعته المادة ٢/٨٢٦ وتركته بغير تنظيم .

هذا بالإضافة إلى أنه إذا كان التصرف وارداً على عقار ، فهل يلزم إجراء شهر جديد عند تعيين العقار الذى ينتقل إليه التصرف أم لا يلزم ذلك ؟

إن كل هذه المسائل قد تركها القانون دون تنظيم ، وهذا لا شك قصور فى التشريع ، مع ما لهذه المسائل من أهمية بالغة فى العمل[١] .

أما فيما يتعلق بتحديد الجزء من النصيب المفرز الذى ينتقل إليه التصرف بعد القسمة ، فيجب أن يجرى على أساس قيمة الجزء الذى وقع عليه التصرف ، وقيمة الجزء الذى ينتقل إليه هذا التصرف ، وترتب حقوق الطرفين على هذا الأساس بإلزام أحدهما بدفع فرق القيمة ، ويجب الرجوع فى تقدير هذه القيمة إلى وقت التصرف لا إلى وقت القسمة ؛ لأن حق المتصرف إليه ينتقل إلى الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب المتصرف من وقت التصرف لا من وقت القسمة ، كما تقضى بذلك المادة ٢/٨٢٦ ، وعند حصول خلاف بين الطرفين فى هذا الشأن ، فإنه لا مناص من رفع دعوى

(١) الحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى ص ١٥٩ .

عادية لتحديد حقوق كل منهما ، ولا يكتفى هنا بمجرد أمر على عريضة من القاضى(١)، لأن اختصاص القاضى بإصدار أوامر على عرائض ، يجب أن يكون مقصوراً على الحالات المبينة فى القانون ، ولأننا هنا بصدد نزاع قضائى بالمعنى الصحيح ، أما فيما يتعلق بوجوب إجراء تسجيل أو قيد على القدر الذى اختص به المتصرف إليه ، فإن الشراح – قياساً على ماقررته المادة ٢/١٠٣٩ فى شأن الرهن الرسمى – يرون وجوب إجراء هذا التسجيل خلال تسعين يوماً من الوقت الذى يخطر فيه المتصرف إليه من أى ذى شأن بتسجيل القسمة ، فيكون لهذا التسجيل أثر من وقت تسجيل العقد الأصلى ، ويترتب عليه ألا تنفذ فى حقه التصرفات التى صدرت من الشريك المتصرف فى الفترة ما بين تسجيل التصرف وتسجيل أمر أو حكم التخصيص(٢) .

ويلاحظ أن الذى ألجأ الشراح إلى هذا القياس هو قصور المادة ٢/٨٢٦ ، وكان الأجدر بالمشرع أن ينظم هذه المسألة الهامة تنظيماً دقيقاً حاسماً لكل شك ، قاطعاً لكل خلاف ، وينطبق هذا الحل على جميع التصرفات كالبيع والرهن الرسمى ، أما إذا لم يقع فى نصيب المتصرف شىء من المال الشائع بل أخذ فى مقابل حصته مبلغاً من النقود ، فلا ينطبق حكم الحلول الوارد فى المادة ٢/٨٢٦ إذا كان التصرف بيعاً ، أما إذا كان التصرف رهناً انتقل الرهن إلى هذا المبلغ ، فيكون للدائن المرتهن عليه حق الأولوية .

---

(١) انظر عكس ذلك الدكتور محمد على عرفة بند ٢٨٨ ص ٤٠٢ وهو يقيس فى هذا على المادة ٢/١٠٣٩ ، ويمكن فقط قياس الرهن الحيازى على الرهن الرسمى والاكتفاء بأمر على عريضة .

(٢) الحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى ص ١٦٠ .

مقارنة أحكام الشريعة بالقانون

نحن نلاحظ من المقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية . وأحكام التقنين المدنى المصرى فى تصرف الشريك بالبيع فى حصته الشائعة ، أن الشريعة لم تفرق بين قيام الشريك بالتصرف فى حصة مفرزة من المال الشائع ، أو قيامه بالتصرف فى حصته الشائعة فى هذا المال . وجعلت البيع فى الحالتين ، وفقاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، موقوفاً على إجازة الشريك الآخر أو سائر الشركاء الآخرين . أما القانون المدنى ، فقد فرق بينهما فجعل التصرف فى الحصة الشائعة من المال المشاع صحيحاً نافذاً ، مع إعطاء الشريك الآخر أو سائر الشركاء الآخرين حق المطالبة فى أخذ الحصة المبيعة بالشفعة ، أو باسترداد هذه الحصة إذا كانت فى منقول أو فى مجموع من المال ، على النحو سالف البيان . أما فى حالة بيع الحصة المفرزة فقد اختلفت الآراء ، فمن قائل إن البيع يكون صحيحاً فيما بين المتعاقدين غير نافذ بالنسبة لسائر الشركاء ، ومنهم من ذهب إلى أنه يجوز للمشترى طلب إبطال البيع قياساً على حكم بيع ملك الغير .

هذا بالإضافة إلى أننا قد رأينا أن هناك قصوراً فى نص المادة ٢/٨٢٦ على النحو السالف الذكر ، وكذا فإن فكرة الحلول العينى قد أثارت صعوبات كثيرة كما أوضحنا .

والواقع أننا إذا تأملنا نجد أن القول بالوقف على الإجازة أخذاً من الشريعة الإسلامية ، يغنى سائر الشركاء ، عن المطالبة بأخذ الحصة المبيعة بالشفعة ، أو المطالبة باستردادها ، كما يغنى المشترى نفسه عن رفع دعوى الإبطال على أساس الغلط أو على أساس أن البائع الشريك قد باع ما لا يملك ، كما أن فكرة الوقف تهدف إلى حماية الشركاء من تصرف شريكهم وتمنع الضرر عنهم .

خاتمة

نخلص من دراستنا ، أن فكرة العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى ، تتصف بالدقة والشمول ، فضلا عما تحققه من حماية أكثر مما يحققه كل من العقد القابل للإبطال والعقد غير النافذ أو غير السارى فى فقه القانون . كما أن الأولى هو أن يوقف العقد حتى يستكمل ما نقصه ، لا أن يعتبر صحيحاً نافذاً رغم ما شابه من عيب حتى يبطل .

أما من ناحية عموم فكرة العقد الموقوف وشمولها ، فقد رأينا أنها صالحة للأخذ بها بالنسبة لجميع التصرفات التى تصدر ممن ليست لهم ولاية التصرف ، كالفضولى ومن فى حكمه ، وكذا تصرفات ناقص الأهلية ومن فى حكمه ، وحالات التصرف فيما تعلق به حق الغير كتصرف المدين المعسر فى ماله إضراراً بدائنيه وكبيع المرهون ، وكتصرف الشريك فى حصته الشائعة إضراراً بشريكه أو بسائر الشركاء الآخرين فهى بهذا صالحة لأن تحل محل فكرتى العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلاناً نسبياً ، وكذا العقد غير النافذ أو غير السارى فى القانون المدنى .

كذلك فإن فكرة العقد الموقوف فى الشريعة الإسلامية تقوم على رعاية المصلحة وعلى دفع الضرر ، وهذا يتفق مع حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « لاضرر ولا ضرار » . كما يتفق مع القواعد الأصولية كقاعدة « الضرر يزال » . فالقول بالوقف يحقق الحماية ويمنع الضرر ، كما تتحقق الحماية أيضاً عن طريق ما قرره الشارع من حق لكل من المتصرف والمتصرف له فى فسخ التصرف الموقوف أو رده .

ولما كانت فكرة العقد القابل للإبطال فكرة قاصرة كما بينا ، فإن هذا قد دعا الكثير من الفقهاء إلى اعتبار بعض التصرفات موقوفة على الإجازة ،

لعدم وجود نص فى القانون ، وذلك كما فى حالة تجاوز الوكيل لحدود الوكالة ، وحالة تصرف الموصى فى القدر الزائد على الثلث إضراراً بالورثة ، وذلك استناداً إلى أحكام المادة الأولى فقرة ثانية من التقنين المدنى المصرى الحالى ، التى تقضى بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم وجود النص .

كذلك فإنا قد رأينا من دراستنا أن فقهاء القانون المدنى اختلفوا فى تكييف حكم كثير من التصرفات كبيع ملك الغير . فذهب فريق من الفقهاء إلى اعتباره باطلا بطلاناً مطلقاً ، وذهب آخرون إلى اعتباره باطلا بطلاناً نسبياً ، وقرر بعض الفقهاء أنه عقد قابل للفسخ ، لأن البائع لم يقم بتنفيذ التزامه نحو المشترى إذ لم يقم بنقل ملكية المبيع إليه .

كما يلاحظ أن المشرع فى التقنين المدنى المصرى الحالى قد اعتبر بيع ملك الغير قابلا للإبطال ، وفى نفس الوقت جعله غير سار أو غير نافذ فى حق المالك الحقيق ، فهو بهذا لم يجعل له حكماً واحداً ، مما يجعل الموضوع حائراً فى حكمه .

أما الفقه الإسلامى فقد اعتبره موقوفاً على إجازة المالك أو من له حق الإجازة شرعاً على نحو ما بيناه تفصيلا . وهذا يحقق الحماية لكل من حدث التصرف فى ملكه بدون إذنه ، فضلا عما فى هذا من مسايرة واتفاق مع مبدأ الرضائية .

كذلك فإن هناك حالات كثيرة كحالة التصرف فى الحصة المفرزة من المال الشائع فقد اختلف الفقه القانونى فى وضع حكم صحيح لها . أما فى فقه الشريعة الإسلامية فقد رأينا أن القول بوقف نفاذ التصرف على إجازة الشريك الآخر أو سائر الشركاء الآخرين هو الأولى بالقبول لأنه يهدف إلى حمايتهم ومنع الضرر عنهم .

ونحن نخلص من ذلك أن الفقه الإسلامى ، قد انفرد بالقول

بفكرة العقد الموقوف ، وصاغها صياغة فنية موفقة تنم عن الدقة العلمية بما لا نظير له فى فقه القانون .

ولهذا كله فإننا نقترح ، أنه قد يكون من الأفضل من ناحية السياسة التشريعية الأخذ بفكرة العقد الموقوف فى مجال العمل القانونى ، وإدخالها فى تشريعنا المدنى المصرى ، على غرار ماذهب إليه المشرع فى التقنين المدنى العراقى، الذى أخذ بفكرة العقد الموقوف من الشريعة الإسلامية، وأحلها محل فكرة العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلاناً نسبياً .

ونرى أن تستبدل النصوص الخاصة بحالات العقد القابل للإبطال ، وحالات عدم السريان أو عدم النفاذ فى القانون المدنى المصرى الحالى بالنصوص الآتية :

فى الأهلية

المادة الأولى :

ينعقد تصرف الصبى المميز الدائر بين النفع والضرر موقوفاً على إجازة الولى أو الوصى أو المحكمة بحسب الأحوال .

المادة الثانية :

١ — تنعقد موقوفة على الإجازة تصرفات السفيه وذى الغفلة المالية فى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر إذا صدرت منهما بعد تسجيل قرار الحجر .

٢ — أما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فلا تكون موقوفة إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ .

في عيوب الإرادة

المادة الثالثة :

ينعقد موقوفاً على إجازة المكره بعد أن تزول حالة الإكراه كل تصرف يصدر منه ، فإذا أجازه صح ونفذ وإن لم يجزه بطل .

المادة الرابعة :

ينعقد موقوفاً على الإجازة تصرف من وقع في غلط أو تدليس أو استغلال ، بعد أن يزول السبب ، في حالة الغلط من اليوم الذي يتبين فيه وفي حالتي التدليس والاستغلال من اليوم الذي ينكشف كل منهما فيه .

في تصرف غير ذي الولاية

المادة الخامسة :

ينعقد موقوفاً على الإجازة تصرف الفضولي الذي يتصرف عن غيره دون إذن شرعي ، ودون أن تكون له ولاية التصرف وينفذ إذا أجازه من يملك الحق في الإجازة .

المادة السادسة :

ينعقد موقوفاً على الإجازة تصرف الوكيل في القدر الذي تجاوز فيه حدود الوكالة ، وينفذ التصرف إذا أجاز الموكل أو صاحب الشأن تصرفه في هذا القدر الذي خالف فيه الحدود المرسومة له .

في بيع ملك الغير

المادة السابعة :

١ — إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه انعقد البيع موقوفاً على إجازة المالك أو وليه أو وصيه أو من له الحق في الإجازة .

٢ — ويعتبر البيع فى كل حال موقوفاً فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد .

المادة الثامنة :

إذا أجاز المالك البيع نفذ العقد فى حقه ، وانقلب صحيحاً فى حق المشترى وكذلك ينقلب العقد صحيحاً فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد .

فى إجازة العقد الموقوف

المادة التاسعة :

إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند إلى الوقت الذى تم فيه العقد أو تقتصر على حال الإجازة على حسب الأحوال ويشترط فى صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد .

المادة العاشرة :

١ — يجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ستة أشهر فإذا لم يصدر فى هـــذه المدة ما يدل على الرغبة فى نقض العقد اعتبر العقد نافذاً .

٢ — ويبدأ سريان هذه المدة إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من الوقت الذى يزول فيه هذا السبب ، أو من الوقت الذى يعلم فيه الولى بصدور العقد ، وإذا كان سبب التوقف الإكراه أو الغلط أو التدليس أو الاستغلال فمن الوقت الذى يرتفع فيه الإكراه ، أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التدليس أو الاستغلال ، وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذى يعلم فيه المالك بصدور العقد .

فى انتقاص العقد وتحوله

المادة الحادية عشرة :

إذا كان العقد فى شق منه صحيحاً نافذاً ، وفى شق آخر موقوفاً ، فالشق الأول ينفذ والشق الثانى يتوقف على الإجازة ممن يملكها فإن أجازه صح ونفذ وإن لم يجزه بطل .

المادة الثانية عشرة :

يتحول العقد الموقوف بالإجازة إلى عقد نافذ ويكون للإجازة حكم الإنشاء أو حكم الاستناد على حسب الأحوال .

فى إجارة ملك الغير

المادة الثالثة عشرة :

تنعقد إجارة الفضولى موقوفة على إجازة المالك ، فإن كان صغيراً أو محجوراً ، وكانت الإجارة ليس فيها غبن فاحش انعقدت إجارته موقوفة على إجازة الولى .

فى تصرف التبرع

المادة الرابعة عشرة :

ينعقد موقوفاً على الإجازة تصرف التبرع كالوصية بمال الغير وهبة مال الغير ، فإن أجاز الغير التصرف نفذ وإلا بطل .

فى التصرف فيما تعلق به حق الغير

المادة الخامسة عشرة :

ينعقد موقوفاً على إجازة الدائنين كل تصرف صدر من المدين المعسر

إضراراً بهم ، إذا كان هذا التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه إعسار المدين أو زيادة إعساره ، وإذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه وتوقفه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين .

المادة السادسة عشرة :

ينعقد موقوفاً على إجازة الدائنين كل تبرع أجراه المدين ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، أو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً .

المادة السابعة عشرة :

ينعقد موقوفاً على إجازة الورثة تصرف الموصى في القدر الزائد على الثلث سواء أكانت الوصية لوارث أو لأجنبي عنه فإن أجازوها نفذت وإن رفضوها بطلت .

المادة الثامنة عشرة :

ينعقد موقوفاً على الإجازة بيع المرهون والمستأجر لتعلق حق المرتهن والمستأجر به وينفذ العقد إذا أجازه المرتهن أو المستأجر أو قام الراهن بقضاء الدين للمرتهن أو انقضت الإجارة .

المادة التاسعة عشرة :

ينعقد موقوفاً على إجازة الشريك الآخر أو سائر الشركاء الآخرين تصرف الشريك في حصته الشائعة للأجنبي إذا كانت الشركة بالخلط والاختلاط .

هذه هي النتائج التي أمكنني الوصول إليها وانتهيت إلى استخلاصها من دراسة هذا الموضوع .

وبعد : فتلك نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، وما يقابلها في

فقه القانون عرضتها هذا العرض وأبرزت فيها سمو الشريعة وسماحتها ومبلغ ما وصل إليه فقهاء المسلمين من عمق فى التفكير وحصافة فى الرأى وحسن فى الاستنباط ، حتى يؤمن الناس أن الفقه الإسلامى كفيل بمسايرة كل عصر وجيل، وخليق بأن يحمل أمانة البشر فى مختلف شئونه ، حتى يرث الله الأرض ومن عليها .

وإننا لنأمل أن تحظى الشريعة الإسلامية بالعناية والبحث فى جميع شئوننا، وأن يكون لها فى كل ما يقع تحت حسنا رأى وحكم .

كما نأمل أن يأتى اليوم الذى تصبح فيه هى المصدر الأول لتقنيننا المدنى .

والله أسأل أن يحفظنا من الزلل وأن يرشدنا إلى الصواب ، ويهدينا إلى الصراط المستقيم ، والحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله .

المراجع

المراجع باللغة العربية :

١ — القرآن الكريم :

٢ — كتب التفسير :

١ — الجصاص (٣٧٠ هـ) : أحكام القرآن فى ثلاثة أجزاء لأبى بكر أحمد ابن على الرازى المشهور بالجصاص — المطبعة البهية بالقاهرة ١٣٤٧ هـ .

٢ — ابن العربى (٥٤٣ هـ) « أحكام القرآن » لأبى بكر محمد بن عبد الله المشهور بابن العربى . طبعة الحلبى بالقاهرة ١٣٧٦ هـ .

٣ — القرطبى (٦٧١ هـ) : « الجامع لأحكام القرآن » لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى (طبعة دار الكتب المصرية ١٢٦٩ هـ) .

٣ — كتب الحديث :

البخارى (٢٥٦ هـ) صحيح البخارى مطبوع مع عمدة القارئ طبع القاهرة فى تسعة مجلدات .

مسلم (٢٦١ هـ) صحيح مسلم لأبى الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى مطبوع مع شرح النووى .

سنن أبى داود (٢٧٥ هـ) للامام الحافظ المصنف أبى داود سليمان ابن الأشعث السجستانى الأزدى . تحقيق وتعليق محمد محيى الدين عبد الحميد .

البيهقى (٤٥٨ هـ) السنن الكبرى الطبعة الأولى ١٣٥٢ هـ مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد . تأليف الحافظ الجليل أبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى .

النووى (٦٧٦ هـ) شرح النووى على صحيح مسلم لأبى زكريا يحيى بن شرف ابن مرى الشافعى (المطبعة المصرية ١٣٤٩ هـ) .

الزيلعى (٧٦٢ هـ) نصب الراية لأحاديث الهداية للعلامة جمال الدين أبى محمد عبد الله بن يوسف الحنفى الزيلعى الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ/١٩٣٨ م .

العينى (٨٥٥ هـ) عمدة القارئ شرح صحيح البخارى لأبى محمد محمود بن أحمد العينى الحنفى طبعة ١٣٠٨ هـ بمصر .

الشوكانى (١٢٥٥ هـ) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار لمحمد بن على بن محمد الشوكانى الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ بمصر .

٤ — الفقه الحنفى :

محمد بن الحسن بن فرقد الشيبانى (١٨٩ هـ) .

١ — « الأصل » القسم الأول فى البيوع — تحقيق وتعليق الدكتور شفيق شحاته مطبعة جامعة القاهرة ١٩٥٤ م ومنه مخطوط برقم ٢٠٠ بدار الكتب المصرية ونسخة أخرى برقم ٣٨٢ .

٢ — الجامع الصغير مخطوط رقم ٨٦٥ بدار الكتب المصرية ومنه نسخة مطبوعة بهامش كتاب الخراج لأبى يوسف الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ١٣٠٢ هـ .

الخصاف (٢٦١ هـ) « أحكام الأوقاف » لأحمد بن عمرو الشيبانى المعروف بالخصاف الطبعة الأولى بمصر ١٣٢٢ هـ / ١٩٠٤ م .

القدورى (٤٢٨ هـ) : « الجوهرة النيرة » . وهى شرح على مختصر الإمام أبى الحسين أحمد بن محمد القدورى البغدادى تأليف أبى بكر محمد بن على بن محمد الحدادى العبادى مخطوط رقم ٢٧ بدار الكتب المصرية وهناك نسخة مطبوعة بالآستانة ١٣١٠ هـ .

السرخسى (٤٣٨ هـ) : « المبسوط » لأبى بكر محمد بن سهل السرخسى مطبعة السعادة بالقاهرة ١٣٣١ هـ .

السمرقندى (٥٤٠ هـ) : « تحفة الفقهاء » تأليف علاء الدين أبى بكر محمد بن أحمد السمرقندى مخطوط رقم ٩١ بدار الكتب المصرية وهناك نسخة مطبوعة

تحقيق وتعليق الدكتور محمد زكى عبد البر الطبعة الأولى ١٣٧٧ هـ / ١٩٥٨م .

الكاسانى (٥٨٧هـ) : « بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع » تأليف علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى . الطبعة الأولى بمصر ١٣٢٨ هـ .

قاضى خان (٥٩٢ هـ) :

١ — « شرح قاضى خان على الجامع الصغير للامام محمد بن الحسن الشيبانى » تأليف فخر الدين بن منصور بن محمود الأوزجندى الفرغانى مخطوط رقم ٧٤٣ بدار الكتب المصرية .

٢ — فتاوى قاضى خان : «الفتاوى الخانية» مخطوط رقم ٢٩٧ بدار الكتب المصرية . ومنه نسخة مطبوعة على هامش الفتاوى الهندية فى الثلاث مجلدات الأولى وستأتى .

المرغينانى (٥٩٣ هـ) : « الهداية شرح بداية المبتدى » لأبى الحسن على بن أبى بكر عبد الجليل المرغينانى طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى بمصر ١٣٥٥هـ . ويوجد منه مخطوط برقم ١٣٥٥ بدار الكتب المصرية .

ظهير الدين (٦١٩ هـ) : « الفتاوى الظهيرية » تأليف ظهير الدين أبى بكر محمد بن أحمد البخارى مخطوط رقم ٣١٧ بدار الكتب المصرية .

النسفى (٧١٠ هـ) : « كنز الدقائق » شرح العلامة معين الدين الهروى المعروف بمنلا مسكين على كنز الدقائق لأبى البركات عبدالله بن أحمد النسفى مخطوط رقم ٣٨٤ بدار الكتب المصرية . ومنه نسخة مطبوعة بالمطبعة الأميرية سنة ١٣١٣هـ « الطبعة الأولى » .

الزيلعى (٧٤٢ هـ) : « تبيين الحقائق » شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق مصر سنة ١٣١٤هـ .

البابرتى (٧٧٦ هـ) : « العناية » شرح على الهداية لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتى مطبوع على هامش فتح القدير . طبعة بولاق سنة ١٣١٦ هـ .

ابن قاضى سماوه (٨٢٣هـ) : « جامع الفصولين » المطبعة الأميرية سنة ١٣٠٠هـ تأليف الإمام المحقق الشيخ محمود بن إسماعيل الشهير بابن قاضى سماوه .

ابن البزاز (٨٢٧هـ) : « الجامع الوجيز المعروف بالفتاوى البزازية » مطبوعة على هامش الفتاوى الهندية فى المجلدات : الرابع والخامس والسادس الطبعة الثانية بمطبعة بولاق بمصر ١٣١٠ هـ . تأليف محمد بن محمد بن شهاب الدين الكردى الخوارزمى المعروف بالبزازى ومنه نسخة مخطوطة برقم ٣٤٣ بدار الكتب المصرية .

منلا مسكين (٨٥٠ هـ) شرح على الكنز تأليف العلامة معين الدين الهروى المعروف بمنلا مسكين على كنز الدقائق فى فروع الحنفية لأبى البركات عبد الله بن أحمد النسفى طبعة ١٣٥٥ هـ / ١٩٣٦ م بمصر .

العينى (٨٥٥ هـ) شرح الكنز للعلامة الشيخ أبى محمد محمود العينى المعروف بشرح « العينى على الكنز » مطبعة وادى النيل بمصر ١٢٩٩ هـ . ومنه نسخة مطبوعة بمصر ١٣٢٠ هـ .

الكمال بن الهمام (٨٦١ هـ) : « فتح القدير » شرح الهداية طبعة بولاق ١٣١٦ هـ تأليف كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى المعروف بابن الهمام الحنفى مع تكملته نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار لشمس الدين المعروف بقاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ .

منلا خسرو (٨٨٥هـ) : « درر الحكام شرح غرر الأحكام » تأليف العلامة الفقيه محمد بن فراموز بن على المعروف بمنلاخسرو مخطوط رقم ١٧٤ بدار الكتب المصرية ومنه نسخة مطبوعة فى مجلدين بمصر المطبعة العامرة بالقاهرة ١٣٠٤ هـ .

سعدى جلبى (٩٤٥ هـ) حاشية على العناية والهداية « مطبوع على هامش فتح القدير » .

ابن نجيم (٩٧٠ هـ) :

١ — البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، للامام العلامة الشيخ زين الدين الشهير بابن نجيم المصرى وبهامشه الحواشى المسماة بمنحة الخالق على البحر الرائق للسيد

محمد أمين الشهير بابن عابدين فى ثمانية أجزاء . القاهرة ١٣٣٤ هـ .

٢ — الأشباه والنظائر دار الطباعة العامرة بالقاهرة ١٢٩٠ هـ .

الشلبي (١٠٠٠ هـ) : « حاشية الشلبي » المسماة بالفوائد الرقائق « بهامش تبيين الحقائق للزيلعي » وهو العلامة الشيخ أحمد بن يونس بن إسماعيل بن محمود المعروف بالشلبي الفقيه المصرى من علماء القرن العاشر الهجرى على شرح الكنز للزيلعى الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣١٤ هـ .

ألوانى (١٠٠٠ هـ) : حاشية على الدرر شرح الغرر لمنلاخسرو للعلامة محمد ألوانى الحنفى مخطوط رقم ١١٤٢ بدار الكتب المصرية .

التمرتاشي (١٠٠٤ هـ) : « تنوير الأبصار » على هامش رد المحتار لأبى محمد ابن عبد الله بن أحمد الخطيب التمرتاشي وقد شرحه محمد علاء الدين الحصكفى المتوفى ١٠٨٨ فى كتابه الدر المختار كما كتب على الأخير كل من الطحاوى وابن عابدين فى حاشيته .

الشرنبلالى (١٠٦٩ هـ) : غنية ذوى الأحكام فى بغية درر الحكام وهى حاشية على شرح الدرر لمنلاخسرو تأليف العلامة أبى الإخلاص حسن بن عمار بن على بن يوسف المصرى الشرنبلالى الحنفى مخطوط رقم ٢٦٩ بدار الكتب المصرية .

بعض علماء الهنود (١٠٧٠ هـ) : الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكيرية طبعة القاهرة بالمطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣١٠ هـ .

الرملى (١٠٨١ هـ) : « الفتاوى الخيرية » المطبعة الكبرى الأميرية بالقاهرة ١٣٠٠ هـ الطبعة الثانية .

شيخ زاده (١٠٨٧ هـ) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر طبعة ١٣١٩ هـ .

الحصكفى (١٠٨٨ هـ) الدر المختار شرح تنوير الأبصار مطبوع مع حاشية بن عابدين . تأليف محمد علاء الدين الحصكفى .

محمد بن الحسين (شيخ الإسلام) (١٠٩٨ هـ) : « الفتاوى الأنقروية » طبعة مصر ١٢٨١ هـ فى مجلدين .

الحموى (١٠٩٨ هـ) : « غمز عيون البصائر » شرح على الأشباه والنظائر لابن نجيم تأليف العلامة السيد الحموى مخطوط رقم ١٠٦٩ بدار الكتب المصرية . وهناك نسخة مطبوعة على هامش الأشباه والنظائر المذكور آنفاً .

الطحطاوى (١٢٣١ هـ) : حاشية على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فى فقه مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان على الشرح المذكور .

ابن عابدين (١٢٥٢ هـ) .

١ — رد المحتار حاشية على الدر المختار المشهور بحاشية ابن عابدين الطبعة الثالثة بالمطبعة الكبرى الأميرية بالقاهرة ١٣٢٥ هـ .

٢ — منحة الخالق شرح على البحر الرائق مطبوع على هامش البحر الرائق لابن نجيم المذكور آنفاً .

٥ — الفقه المالكى :

مالك (١٧٩ هـ) : « الموطأ » مطبوع مع شرحه للزرقانى فى أربعة أجزاء طبعة ١٣٥٥ هـ مطبعة مصطفى محمد بمصر .

سحنون (٢٤٠ هـ) : « المدونة الكبرى » رواية سحنون عبد السلام بن سعيد التنوخى الطبعة الأولى القاهرة ١٣٢٣ هـ ستة عشر جزءاً فى ثمانية مجلدات .

ابن رشد (٥٩٥ هـ) بداية المجتهد ونهاية المقتصد تأليف محمد بن أحمد بن رشد القرطبى الطبعة الأولى بمطبعة محمد على صبيح بمصر جزءان فى مجلد واحد . وتوجد نسخة فى مجلدين مطبوعة بمطبعة الاستقامة بالقاهرة ١٩٥٢ م .

القرافى (٦٨٤ هـ) : « الفروق » للعلامة شهاب الدين أبى العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجى المشهور بالقرافى القاهرة ١٣٤٤ هـ أربعة أجزاء فى مجلدين وبهامشه تهذيب الفروق للشيخ محمد على بن الشيخ حسين مفتى المالكية .

ابن جزىء (٧٤١ هـ) : « القوانين الفقهية » مطبعة النهضة بتونس ١٣٤٤ هـ/ ١٩٢٦ م وهناك نسخة طبع مطبعة الأمنية بالرباط ١٣٧٠ هـ .

خليل بن إسحق (٧٧٦هـ) : مختصر العلامة الشيخ خليل بن إسحق المسمى (متن خليل) فى مذهب مالك طبع بمطبعة دار الكتب العربية الكبرى ١٣٣٣ هـ .

محمد بن فرحون (٧٧٩هـ): «تبصرة الحكام» مطبوع بمصر ١٣٠٢هـ فى مجلدين .

ابن سلمون الكنانى : العقد المنظم للحكام فيما يجرى بين أيديهم من العقود والأحكام تأليف أبى محمد عبدالله بن سلمون الكنانى وموجود بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون طبع مصر ١٣٠٢ هـ .

ابن عاصم (٨٢٩ هـ) التحفة طبع مصر ١٣٤٤ هـ فى مجلدين .

التاودى : شرح على التحفة المذكورة ومطبوع معها للامام أبى عبد الله محمد التاودى .

التسولى : « البهجة » شرح آخر مطبوع معها كذلك تأليف أبى الحسن على ابن عبد السلام التسولى .

الحطاب (٩٥٤ هـ) مواهب الجليل شرح مختصر أبى الضياء سيدى خليل تأليف أبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل لأبى عبد الله محمد بن يوسف بن أبى القاسم الشهير بالمواق المتوفى ٨٩٧ هـ الطبعة الأولى ١٣٢٩ هـ بمطبعة السعادة بمصر .

الخرشى (١١٠١ هـ) : شرح الخرشى على المختصر الجليل للامام أبى الضياء سيدى خليل لأبى عبد الله محمد الخرشى الطبعة الثانية بالمطبعة الأميرية ١٣١٧ هـ .

على العدوى (١١٠١ هـ) : حاشية على شرح الخرشى المذكور .

الدردير (١٢٠١ هـ) : الشرح الكبير لأبى البركات أحمد الدردير مطبوع مع حاشية الدسوقى ١٣٠٩ هـ فى أربعة مجلدات .

عرفة الدسوقى (١٢٣٠ هـ) : « حاشية الدسوقى على الشرح الكبير لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقى طبعة ١٣٠٩ هـ بالمطبعة الأزهرية .

٦ — الفقه الشافعي :

الشافعي (٢٠٤ هـ) : « الأم » للامام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي برواية الربيع بن سليمان المرادي عنه الطبعة الأولى بمصر ١٣٢١ هـ .

المزني (٢٦٤ هـ) : « مختصر المزني » وهو إسماعيل بن يحي بن إسماعيل المزني مطبوع على هامش الأم سالف الذكر .

الشيرازي (٤٧٦ هـ) : « المهذب » للشيخ الإمام أبي إسحق إبراهيم بن محمد الشيرازي . مصر سنة ١٣٤٣ هـ جزءان في مجلد واحد .

الغزالي (٥٠٥ هـ) : « الوجيز » لمحمد بن محمد أبي حامد الغزالي مطبعة الآداب والمؤيد بمصر ١٣١٧ هـ .

النووي (٦٧٦هـ) :

١ — المجموع شرح المهذب ، المطبعة المنيرية بالقاهرة .

٢ — المنهاج مطبوع مع نهاية المحتاج وسيأتي .

الشربيني (القرن السابع الهجري) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الشربيني الخطيب على متن المنهاج .

السيوطي (٩١١ هـ) : « الأشباه والنظائر » لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي . مطبعة الحلبي بالقاهرة ١٩٣٨ م .

زكريا الأنصاري (٩٢٥ هـ) :

١ — منهج الطلاب اختصر فيه مختصر الإمام أبي زكريا النووي المسمى بمنهج الطالبين طبعة بولاق الأميرية ١٢٨٥ هـ .

٢ — شرح الشيخ زكريا الأنصاري على متن البهجة للعلامة ابن الوردي .

ابن حجر (٩٧٤ هـ) : « الفتاوى الكبرى الفقهية » للعلامة بن حجر المكي .

الهيتمى وهو الحافظ شيخ الإسلام أحمد شهاب الدين بن محمد بدر الدين بن محمد شمس الدين بن على نور الدين بن حجر الهيتمى الشافعى . طبعة مصر ١٣٥٧ هـ .

الرملى (١٠٠٤ هـ) : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج تأليف شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى ، طبع القاهرة ١٣٠٤ ، وهناك نسخة أخرى مطبوعة بمطبعة الحلبى ١٣٥٧ هـ .

٧ — الفقه الحنبلى :

ابن قدامة (٦٣٠ هـ) : « المغنى » لأبى محمد عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسى على مختصر أبى القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى الطبعة الثانية ١٣٤٧ هـ ، والطبعة الثالثة ١٣٦٧ هـ بمطبعة المنار .

المقدسى (٦٨٢هـ) : الشرح الكبير لأبى الفرج عبد الرحمن بن قدامة مطبوع مع المغنى سالف الذكر .

ابن تيمية (٧٢٨ هـ) : « فتاوى » مصر ١٣٢٨ هـ فى خمسة مجلدات لشيخ الإسلام تقى الدين أبى العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحرانى الدمشقى .

ابن قيم الجوزية (٧٥١ هـ) : إعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين ابن قيم الجوزية القاهرة ١٣٢٥ هـ .

ابن رجب (٧٩٥ هـ) : « القواعد الفقهية » للحافظ أبى الفرج عبد الرحمن ابن رجب الحنبلى الطبعة الأولى ١٣٥٢هـ مطبعة الصدق الخيرية بالقاهرة .

المرداوى (٨٨٥ هـ) الإنصاف لعلاء الدين على بن سليمان شرح المقنع مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٤ هـ .

منصور بن إدريس (١٠٥١ هـ) : « كشاف القناع » شرح متن الإقناع الطبعة الأولى سنة ١٣١٩ هـ ، وبهامشه شرح منتهى الإرادات لمنصور ابن يونس البهوتى ، وهناك نسخة مطبوعة بمطبعة أنصار السنة المحمدية ١٣٦٦ هـ .

٨ — فقه أهل الظاهر :

ابن حزم (٤٥٦ هـ) « المحلى » لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم طبعة مصر سنة ١٣٥٠ هـ .

٩ — فقه الشيعة :

(ا) الشيعة الإمامية :

الحلي (٦٧٦ هـ) المختصر النافع لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي طبعة ١٣٧٦ هـ بمطابع دار الكتاب العربي بمصر .

العاملي (١٢٢٦ هـ) مفتاح الكرامة لمحمد بن محمد الحسيني العاملي طبعة ١٣٢٦هـ .

(ب) الشيعة الزيدية :

ابن المرتضى (٨٤٠هـ) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للامام المهدى لدين الله أحمد بن يحيى بن المرتضى طبع مطبعة السنة المحمدية بمصر ١٣٦٨ هـ / ١٩٤٩ م .

عبد الله بن مفتاح (٨٧٧ هـ) المنتزع المختار مصر ١٣٣٢ هـ .

شرف الدين الحيمى (١٢٢١ هـ) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للقاضي شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين الحيمى الصنعاني المتوفى سنة ١٢٢١ هـ طبع مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٤٨ هـ .

١٠ — فقه الإباضية :

ضياء الدين عبد العزيز (١٢٢٣ هـ) شرح النيل وشفاء العليل للامام ضياء الدين عبد العزيز بن إبراهيم الحفصى مطبوع مع شرحه لابن أطفيش .

محمد أطفيش (١٣٣٢ هـ) شرح النيل للشيخ محمد بن يوسف أطفيش طبع المطبعة السلفية بمصر ١٣٤٣ هـ .

١١ — المؤلفات الحديثة فى الفقه الإسلامى :

أحمد أبو الفتح : المعاملات الشرعية المالية ١٣٣٢هـ — ١٩١٣م القاهرة.

أحمد إبراهيم : المعاملات الشرعية المالية ١٣٥٥هـ — ١٩٣٦م القاهرة.

« « : مذكرة مبتدأ فى بيان الالتزامات فى الشرع الإسلامى ١٣٦٣/١٣٦٤ هـ ، ١٩٤٤/١٩٤٥ م

« « : العقود والشروط والخيارات « مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة العدد السادس ١٩٣٤ م » .

عبد الرزاق السنهورى : مصادر الحق فى الفقه الإسلامى « ستة أجزاء طبعة معهد الدراسات العربية العالية بجامعة الدول العربية »

على الخفيف : أحكام المعاملات الشرعية « الطبعة الثالثة » ١٣٦٦ هـ ١٩٤٧ .

« « : التصرف الانفرادى والإرادة المنفردة القاهرة ١٩٦٤ م .

محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ١٥٣٧هـ ١٩٣٩ م القاهرة .

محمد سلام مدكور : الفقه الإسلامى الطبعة الأولى مصر ١٩٥٤ .

« « « : الوصايا فى الفقه الإسلامى الطبعة الأولى ١٩٥٨ .

« « « : الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية ١٣٨٠ هـ ١٩٦١ م .

« « « : المدخل للفقه الإسلامى — الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ ١٩٦٣ م .

محمد سلام مدكور : أحكام الأسرة فى الإسلام « الجزء الأول » فى الزواج وآثاره ، الطبعة الأولى ١٣٨٧ هـ ١٩٦٧م .

» » » : الإسلام والأسرة والمجتمع طبعة ١٩٦٨ م .

محمد زكريا البرديسى : الوكالة ، رسالة للحصول على درجة الأستاذية فى الفقه والأصول من كلية الشريعة بالأزهر ١٣٦٦ هـ ١٩٤٦ م .

» » » : الإكراه بين الشريعة والقانون ، منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الثلاثون العددين الثانى والرابع والعدد الأول السنة الحادية والثلاثون ١٩٦١ م .

» » » : الميراث والوصية فى الإسلام ١٩٦٤/١٩٦٦ م .

» » » : الميراث طبعة أولى ١٣٨٧ هـ / ١٩٦٧ م .

» » » : التصرف الإسقاطى — القاهرة ١٣٨٨ هـ ١٩٦٨ م .

» » » : الأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية الطبعة الأولى ١٣٨٥ هـ / ١٩٦٦ م .

محمد مصطفى شلبى : المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ، ١٣٧٦هـ/١٩٥٦م.

بدران أبو العينين بدران : الأدلة المتعارضة ووجوه ترجيحها منشور بمجلة كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية العددان الثالث والرابع السنة العاشرة ١٩٦٠/١٩٦١ م .

محمد زكى عبد البر : نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى ، رسالة دكتوراه . القاهرة ١٩٥٠ م .

» » » : العقد الموقوف — مقال منشور بمجلة القانون

والاقتصاد فى العددين الأول والثانى مارس ويونيو سنة ١٩٥٥ « السنة الخامسة والعشرون » .

أحمد على الخطيب الحجر على المدين فى الفقه الإسلامى — رسالة دكتوراه — القاهرة ١٩٦٤ م .

عبد الناصر توفيق العطار: « الأجل فى الالتزام » رسالة دكتوراه — القاهرة ١٩٦٤ م .

١٢ — كتب أصول الفقه :

البزدوى فخر الإسلام (٣٧٠ هـ) : « أصول البزدوى » مطبوع بهامش كشف الأسرار وسيأتى طبع الآستانة ١٣٠٨ هـ .

الآمدى (٦٣١ هـ) الإحكام فى أصول الأحكام تأليف العلامة سيف الدين أبى الحسن بن على بن محمد الآمدى مصر ١٣٧٧ هـ / ١٩١٤ م .

البخارى « علاء الدين عبد العزيز (٧٣٠ هـ) : كشف الأسرار مطبوع على أصول البزدوى المذكور » .

صدر الشريعة (٧٤٧ هـ) : التوضيح شرح متن التنقيح لعبيد الله ابن مسعود الحنفى مطبوع مع شرح التلويح طبعة ١٣٧٧ هـ / ١٩٥٧ م .

التفتازانى (٧٩٠ هـ) التلويح على التوضيح لمتن التنقيح لسعد الدين ابن مسعود ابن عمر التفتازانى ، مكتبة محمد على صبيح بمصر ١٣٧٧ هـ .

الشاطبى (٧٩٠ هـ) : « الموافقات » المطبعة الرحمانية بالقاهرة .

عبد الوهاب خلاف : علم أصول الفقه مصر ١٣٧٦ هـ .

زكى الدين شعبان : « أصول الفقه الإسلامى » الطبعة الثالثة ١٩٦٤م .

محمد سلام مدكور : ١ — مباحث الحكم عند الأصوليين — القاهرة ١٩٦٠ م .

٢ — الإباحة عند الأصوليين ، القاهرة ١٣٨٣ هـ ١٩٦٣ م .

٣ — الأمر فى نصوص التشريع الإسلامى ودلالته على الأحكام الطبعة الأولى ١٣٨٧هـ/١٩٦٧م.

محمد زكريا البرديسى : « أصول الفقه » الطبعة الثانية بمصر ١٣٨١ هـ .

١٣ — كتب اللغة :

المصباح المنير لأحمد بن محمد بن على المقرى المتوفى سنة ٧٧٠ هـ الطبعة الأولى بالمطبعة العلمية ١٣١٥ هـ / ١٣١٦ هـ .

القاموس المحيط للفيروزابادى الشيرازى المتوفى سنة ٨١٧ هـ .

مختار الصحاح لمحمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى المطبعة الأميرية ببولاق ١٩٢٥ م .

١٤ — المراجع فى القانون :

عبد الرزاق أحمد السنهورى : « نظرية العقد » الطبعة الأولى مطبعة دار الكتب المصرية ١٣٥٣ هـ / ١٩٣٤ م .

» » » : « الموجز فى النظرية العامة للالتزامات » مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ١٩٣٨ م .

» » » : الوسيط فى شرح القانون المدنى فى الالتزامات الجزء الأول الطبعة الأولى ١٩٥٢ م .

» » » : الوسيط فى شرح القانون المدنى فى عقد البيع جـ ٤ القاهرة ١٩٦١ م .

» » » : الوسيط فى شرح القانون المدنى الإيجار والعارية جـ ٦ طبعة ١٩٦٣ م .

» » » : الوسيط فى شرح القانون المدنى الوكالة جـ ٧ طبعة ١٩٦٤ م .

» » » : الوسيط فى شرح القانون المدنى — حق الملكية جـ ٨ طبعة ١٩٦٧ م .

سليمان مرقس : موجز البيع والإيجار سنة ١٩٥٨ م القاهرة .

« « : « موجز أصول الالتزامات » ١٩٦٢ م القاهرة .

محمد على عرفة : شرح القانون المدنى فى حق الملكية — الجزء الأول القاهرة ١٩٥٠ م .

أنور سلطان : « النظرية العامة للالتزام » الإسكندرية ١٩٥٧م .

« « : «عقد البيع» الإسكندرية الطبعة الأولى ١٩٥١م .

عبد المنعم البدراوى : أثر مضى المدة فى الالتزام رسالة دكتوراه — القاهرة ١٩٥٠ م .

« « : عقد البيع — الطبعة الأولى القاهرة ١٩٥٧ م .

« « : الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثانية القاهرة ١٩٥٦ م .

« « : المدخل للعلوم القانونية القاهرة ١٩٦٢ م .

« « : الإيجار والتأمين القاهرة ١٩٦١ م .

عبد الفتاح عبد الباقى : عقد الإيجار القاهرة ١٩٥٢م .

« « : التأمينات الشخصية والعينية الطبعة الثانية القاهرة ١٩٥٤ م .

شفيق شحاته : النظرية العامة للتأمين العينى الطبعة الأولى القاهرة ١٩٥٢ م .

عبد الحى حجازى : النظرية العامة للالتزام — الجزء الأول — الالتزام فى ذاته القاهرة ١٩٥٤ م .

عبد المنعم فرج الصده : « مصادر الالتزام » القاهرة ١٩٥٨م .

عبد المنعم فرج الصده : نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية ، جامعة الدول العربية ١٩٥٨ م .

عبد المنعم فرج الصده : « عقد الإيجار » القاهرة ١٩٥٥م / ١٩٥٦ م.

إسماعيل غانم : أحكام الالتزام — القاهرة ١٩٥٦م .

» » : الوجيز فى عقد البيع - القاهرة ١٩٦٣ م.

» » : الحقوق العينية الأصلية — القاهرة ١٩٥٩ الجزء الأول فى حق الملكية .

» » : النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) — القاهرة ١٩٦٦ .

شمس الدين الوكيل : التأمينات العينية طبعة ١٩٥٩ م .

محمود جمال الدين زكى : دروس فى النظرية العامة للالتزامات ١٩٦٤ م ١٩٦٥ م .

جميل الشرقاوى : « نظرية بطلان التصرف القانونى فى القانون المدنى المصرى » رسالة دكتوراه — القاهرة ١٩٥٣ م .

منصور مصطفى منصور : العقود المسماة : البيع والإيجار الإسكندرية ١٩٥٧م

حسن كيره : « الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول فى حق الملكية » الطبعة الأولى ١٩٥٨ م الإسكندرية .

مختار القاضى : أصول القانون — القاهرة ١٩٦٨ م .

عبد المجيد الحكيم : « مصادر الالتزام فى القانون المدنى العراقى » ج ١ ١٣٧٩ هـ / ١٩٦٠ م .

عبد الودود يحيى : حوالة الدين (دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانونين الألمانى والمصرى) رسالة دكتوراه ١٩٥٧م.

محمد لبيب شنب : شرح أحكام الإيجار — القاهرة ١٩٦٤ م .

» » » : شرح أحكام عقد البيع — القاهرة ١٩٦٨ م .

جمال مرسى بدر : النيابة فى التصرفات القانونية رسالة دكتوراه الإسكندرية ١٩٥٣ م .

١٥ — التقنينات المستمدة من الفقه الإسلامى :

شرح مجلة الأحكام العدلية : لسليم بن رستم باز اللبنانى بيروت ١٣٠٥ هـ ١٨٩٨ م .

شرح مجلة الأحكام العدلية : لسعيد المحاسنى — مطبعة الترقى دمشق ١٣٤٦هـ .

مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان : المرحوم محمد قدرى باشا الطبعة الثالثة ١٩٠٩ م .

١٦ — التقنينات المدنية فى الدول العربية :

— القانون المدنى المصرى الحالى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ م .

— مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى .

— القانون المدنى السورى الصادر بالمرسوم التشريعى رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩م .

— القانون المدنى العراقى ٤٠ لسنة ١٩٥١ م المنشور بالعدد رقم ٣٠١٥ من جريدة الوقائع العراقية الصادر بتاريخ ٨ أيلول سنة ١٩٥١ م .

— قانون الموجبات والعقود اللبنانى ٩ آذار ١٩٣٢ م .

المراجع باللغة الفرنسية :

1 — René Demouge : Traité des obligations en général. Tome 2, 1923.

2 — Maurice Maruite : La notion juridique de gestion d'affaires. Paris 1931.

3 — Louis Joussrand : Cours de droit civil positif français. Tome III, 1933, deuxième édition.

4 — Colin, Capitant, Planiol, Ripert et Boulanger : Obligation en droit civil, 1953.

5 — Marcet Planiol, George Ripert et Paul Esmein : Traité pratique de droit civil français "obligation", 1954.

6 — Dalloz : Encyclopédie juridique. Répertoire de droit civil (Tome 5), Paris 1955.

7 — Planiol, Ripert et Boulanger : Traité de droit civil. Tome II, 1957, "obligation".

8 — Leon Julliot de la Morandière. Tome II, "obligation", 1959.

9 — Henri et Léon Mazaud et Jean Mazaud : "Leçons de droit civil". Tome deuxième, 1962.

10 — Baudry Lacantinerie et Saignant : Traité théorique et pratique de droit civil (la vente et l'échange), troisième édition.

ملحق

بتراجم الأعلام الوارد ذكرهم في الكتاب

نورد فيما يلي بياناً بتراجم الأعلام الذين ورد ذكرهم في أثناء الدراسة والبحث من الصحابة والتابعين والفقهاء والمحدثين ، لما لذلك من أهمية بالغة تزيد البحث قوة وتلقى ضوءاً واضحاً ينير الطريق أمام كل من يريد أن يتعمق في أبحاث الشريعة الإسلامية ويأخذ عن هؤلاء الأعلام ماشاء من الحقائق العلمية(١) .

وقد أوردنا هذه التراجم مرتبة على حسب الحروف الهجائية على النحو الآتي :

(أ)

الآمدي: هو أبوالحسن على بن أبى محمد الملقب بسيف الدين الآمدى الفقيه

---

(١) أهم كتب التراجم والطبقات :

١ — المعارف لابن قتيبة أبى محمد عبد الله بن مسلم المتوفى سنة ٢٧٦ هـ طبعة دار الكتب المصرية ١٩٦٠ م .

٢ — طبقات الشافعية لابن السبكى المتوفى سنة ٧٧١ هـ تحقيق محمد محمود الطناحى وعبد الفتاح محمد الحلو الطبعة الأولى بمطبعة عيسى البابى الحلبى ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٤ م .

٣ — طبقات الحنابلة لابن رجب المتوفى سنة ٧٩٥ مطبعة أنصار السنة المحمدية ١٣٧٢هـ/ ١٩٥٢ م .

٤ — الديباج المذهب فى معرفة أعيان علماء المذهب المالكى لابن فرحون المتوفى سنة ٧٩٩ هـ طبع القاهرة ١٣٥١ هـ .

٥ — الفوائد البهية فى تراجم الحنفية تأليف محمد عبد الحى اللكنوى الهندى المتوفى سنة ١٣٠٤ هـ طبعة مطبعة السعادة بالقاهرة ١٣٢٤ هـ .

ونحن نسجل هنا أن أول من عنى من فقهاء الشريعة المعاصرين بذكر تراجم الأعلام فى البحوث هو أستاذنا الجليل محمد سلام مدكور رئيس قسم الشريعة بالكلية ، الذى أورد فى بحوثه تراجم لمئات من الاعلام من الصحابة والتابعين والفقهاء والمحدثين ، وقد بذل فى ذلك جهداً كبيراً ، لم يتعود الكاتبون التزامه وقد جاءت هذه التراجم — وكانت لنا مرجعاً - مؤلفاته الآتية :

١ — كتاب الأمر فى نصوص التشريع الإسلامى ودلالته على الأحكام من ص ٣٥٦ / ٣٩٦ طبعة ١٣٨٧ هـ / ١٩٦٧ م .

٢ — كتاب المدخل للفقه الإسلامى من ص ١٥٧ إلى ص ١٨٠ فى شأن ما كتب عن الأئمة وتلاميذهم طبعة ١٣٨٠ هـ / ١٩٦٠ .

٣ — كتاب الإباحة عند الأصوليين والفقهاء وقد وردت التراجم فى ثنايا البحث من أوله إلى آخره ، طبعة ١٣٨٣ هـ /١٩٦٣ م .

الأصولى المتكلم كان حنفياً ثم انتقل إلى مذهب الشافعى ، وأشهر مؤلفاته : كتاب الإحكام فى أصول الأحكام توفى سنة ٦٣١ هـ .

الأزميرى : هو سليمان الأزميرى عالم من علماء الحنفية تفوق فى العلوم النقلية والعقلية له مؤلفات كثيرة منها حاشية فى علم الأصول أسماها مرآة الأصول شرح بها مرقاة الوصول لمنلا خسرو توفى سنة ١١٠٢ هـ .

أطفيش: هو محمد بن يوسف بن عباس أطفيش الحفصى العدوى ، إباضى المذهب ، كان له أثر بارز فى قضية بلاده السياسية ، ولد وتوفى فى بلدة يسجن من وادى ميزاب فى الجزائر وله مؤلفات كثيرة منها شرح النيل فى الفقه الإباضى توفى سنة ١٣٣٢ هـ .

الأنصارى : هو محمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى بن بلال الأنصارى الكوفى ولد سنة ٧٤ هـ ، وقد أخذ عنه الشعبى وسفيان الثورى ، وكان فقيهاً مجتهداً من أصحاب الرأى تولى قضاء الكوفة ، توفى سنة ١٤٨ هـ .

الأوزاعى : هو عبد الرحمن بن عمرو بن محمد الأوزاعى ولد بالشام سنة ٨٨ هـ وقضى فيها معظم حياته إلى أن توفى سنة١٥٧ هـ وكانت له رحلات لرواية الحديث والفقه على كبار الفقهاء فى عصره ، بنى مذهبه على النصوص ، وانتشر هذا المذهب فترة من الزمان فى بلاد الشام والأندلس ، ثم توارى أمام مزاحمة مذهب الشافعى فى الشام ومذهب مالك بالأندلس فى القرن الثالث .

(ب)

البابرتى : هو محمد بن محمود أكمل الدين البابرتى نسبة إلى بابرت ببغداد ، وهو فقيه حنفى ، رحل إلى حلب ثم إلى القاهرة وتوفى بمصر ، ومن كتبه : العناية شرح الهداية فى الفقه توفى سنة ٧٨٦ هـ .

البخارى : هو عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاءالدين البخارى فقيه حنفى من علماء الأصول ، له تصانيف منها شرح أصول البزدوى . توفى سنة ٧٣٠ هـ .

البخارى : هو أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة وُلد سنة ١٤٩ هـ ، ودرس القرآن والحديث ، وله رحلات واسعة فى أقطار الإسلام باحثاً فيها عن الحديث حتى صار إماماً ومرجعاً فيه . توفى سنة ٢٥٦ هـ .

البزدوى : هو على بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم أبو الحسن فخر الإسلام البزدوى ، فقيه أصولى ، من أكابر الحنفية ، من سكان سمرقند ونسبته إلى قلعة بزده ، وله تصانيف منها كنز الوصول فى أصول الفقه الذى يعرف بأصول البزدوى توفى ٤٨٢ هـ .

أبو بكر الجصاص : هو أحمد بن على الرازى أبو بكر الجصاص ، سكن بغداد ومات فيها ، انتهت إليه رئاسة الحنفية ، امتنع عن تولى القضاء وله كتاب أحكام القرآن ، توفى سنة ٣٧٠ هـ .

البيهقى :هو أحمد بن الحسين بن على أبو بكر من أئمة الحديث ، نشأ ببيهق ورحل إلى بغداد ، ثم إلى الكوفة ومكة وغيرها ، ثم ذهب إلى نيسابور واستمر بها حتى توفى سنة ٤٥٨ هـ . وله كتب كثيرة منها كتاب السنن الكبرى .

(ت)

الترمذى : هو أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذى ، سمع من البخارى وغيره من مشايخه ، وكان إماماً محدثاً حجة وألف كتاب السنن — توفى بترمذ وهى مدينة قديمة على طرف نهر جيحون سنة ٢٩٥ هـ .

التفتازانى : هو سعد الدين بن مسعود بن عمر التفتازانى الشافعى عالم بأصول الفقه ، ومن مصنفاته كتابه فى علم الأصول المسمى (التلويح) الذى شرح به التوضيح لصدر الشريعة ، توفى سنة ٧٩٢ هـ .

التمرتاشى : هو محمد بن عبد الله بن أحمد الخطيب التمرتاش الحنفى الغزى ، له كتاب فى الفقه الحنفى أسماه تنوير الأبصار . شرحه الحصكفى فى كتاب الدر المختار وكتب عليه عدة حواشى منها حاشية الطحطاوى وحاشية ابن عابدين توفى سنة ١٠٠٤ هـ .

ابن تيمية : هو تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني الدمشقي ، توفي سنة ٧٢٨ هـ ، ومن كتبه الفتاوى الكبرى

(ث)

الثوري : هو سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري من بني ثور ، ولد بالكوفة سنة ٩٧ هـ ، ثم رحل منها لما طلب إليه أن يتولى القضاء ، وانتقل إلى البصرة ، ومات بها سنة ١٦١ هـ ، وكان فقيهاً جليلا من مدرسة الحديث ورعا لا يرهب في الحق حداً ، ومن مؤلفاته الجامع الكبير والجامع الصغير في الحديث .

(ج)

جعفر : هو جعفر بن يحيى أبو القاسم الحلي أحد أئمة الفقه الشيعي توفي سنة ٦٧٦هـ أوله كتاب المختصر النافع .

(ح)

ابن حزم : هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد عالم الأندلس في عصره ، ولد بقرطبة ، انصرف إلى العلم والتأليف وكان يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة ، انتقد كثيراً من الفقهاء وله في الفقه كتاب المحلى توفي سنة ٤٥٦هـ

الحصكفي : هو محمد بن علي بن محمد مفتي الحنفية في دمشق ، ولد ومات بها ، وكان عاكفاً على التدريس ، ومن كتبه الدر المختار شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي ، توفي سنة ١٠٨٨ هـ .

الحموي : هو أحمد بن محمد الحنفي المعروف بالحموي نسبة إلى حماه ، وهو فقيه له مؤلفات كثيرة منها حاشية الحموي على الأشباه والنظائر لابن نجيم . توفي سنة ١٠٩٨هـ

ابن حنبل : هو أبو عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني أحد الأئمة الأربعة أصحاب المذاهب من أهل السنة ، ولد ببغداد سنة ١٦٤ هـ ، وقد رحل في طلب العلم إلى الكوفة والبصرة ومكة والمدينة والشام واليمن ، ثم رجع إلى بغداد ودرس على

الشافعى من سنة ١٩٥ هـ إلى سنة ١٩٧ هـ ، وقد برز فى حفظ السنة والذود عنها ، ومن كتبه كتاب المسند فى الحديث . توفى سنة ٢٤١ هـ ببغداد .

أبو حنيفة : هو الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان بن ثابت الفقيه إمام المذهب الحنفى ، فارسى الأصل ، ولد بالكوفة سنة ٨٠ هـ وتفقه فيها وأسس مذهبه هناك ، وقد توفى سنة ١٥٠ هـ .

(خ)

الخرشى : هو محمد بن عبد الله الخرشى المالكى أبو عبد الله أول من تولى مشيخة الأزهر ، وكان فقيهاً فاضلاومن مصنفاته ، شرح الخرشى على متن خليل فى الفقه المالكى ، توفى بالقاهرة سنة ١١٠١ هـ .

أبو الخطاب : هو محفوظ بن أحمد بن الحسن إمام الحنابلة فى عصره ، أصله من كلواذ من ضواحى بغداد ولد وتوفى بها سنة ٥١٠ هـ .

خليل : هو ضياء الدين خليل بن إسحق بن موسى الجندى فقيه مالكى من أهل مصر ، تعلم بالقاهرة ، وولى الإفتاء على المذهب المالكى ومن أشهر كتبه : المختصر فى الفقه المالكى ، توفى ٧٧٦ هـ .

(د)

أبو داود : هو سليمان بن الأشعث بن إسحق بن بشير الأسدى السجستانى ، أبو داود إمام أهل الحديث فى زمانه ، توفى بالبصرة سنة ٢٧٥ هـ وله كتاب السنن أحد الكتب الستة .

الدردير : هو أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوى من فقهاء المالكية ولد فى بنى عدى بمصر وتعلم بالأزهر . وتوفى بالقاهرة سنة ١٢٠١ هـ وكان من كبار الصوفية ومن كتبه الشرح الكبير فى شرح مختصر خليل .

الدسوقى : هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقى المالكى من أهل دسوق ، اشتغل بالتدريس فى الأزهر ، ومن مؤلفاته حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل . توفى سنة ١٢٣٠ هـ .

(ر)

الرافعي : هو أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني من كبار فقهاء الشافعية له مصنفات في الفقه منها : فتح العزيز في شرح الوجيز ، توفي سنة ٦٢٣ هـ .

ابن رشد الحفيد : هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الأندلسي أبو الوليد الفيلسوف ويلقب بالحفيد . توفي بمراكش ودفن بقرطبة سنة ٥٩٥ هـ وله كتب كثيرة منها « بداية المجتهد ونهاية المقتصد » في الفقه ،

الرملي : هو محمد بن أحمد بن حمزة شمس الدين الرملي فقيه الديار المصرية في عصره ومرجعها في الفتوى ويقال له الشافعي الصغير ولد وتوفي بالقاهرة . ولي إفتاء الشافعية وصنف شروحاً وحواشي كثيرة منها نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج» .

(ز)

زفر : زفر بن الهزيل . بن قيس الكوفي ، عربي من بني تميم ولد سنة ١١٠ هـ أحد أصحاب أبي حنيفة أقام بالبصرة وولي قضاءها وكان من أصحاب الحديث وبرع في القياس وتوفي سنة ١٥٨ هـ .

زيد بن ثابت : هو الصحابي زيد بن ثابت بن الضحاك الأنصاري أحد كتاب الوحي ولد بالمدينة ونشأ بمكة وهاجر مع النبي صلى الله عليه وسلم . وتوفي في سنة ٤٥ هـ .

الزيلعي : هو عثمان بن علي بن محمد فخر الدين الزيلعي ، فقيه حنفي توفي بالقاهرة سنة ٧٤٣ هـ وله مؤلفات كثيرة منها كتاب تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق في الفقه الحنفي .

(س)

السرخسي : هو محمد بن أحمد بن سهل أبو بكر شمس الأئمة من كبار الحنفية . ومن مؤلفاته المبسوط في الفقه . توفي سنة ٤٨٣ هـ .

السيوطى : هو عبد الرحمن بن أبى بكر بن محمد بن سابق الدين الخضيرى السيوطى جلال الدين . نشأ فى القاهرة وتوفى بها سنة ٩١١ هـ وله مؤلفات كثيرة منها الأشباه والنظائر فى فروع الشافعية .

سحنون : هو أبو سعيد عبد السلام بن سعيد التنوخى الملقب بسحنون . فقيه مالكى قرأ على ابن القاسم وابن وهب وأشهب . ثم انتهت إليه رئاسة العلم فى المغرب ولى القضاء بالقيروان . كتب المدونة فى مذهب مالك وعرضها على ابن القاسم سنة ١٨٨ هـ وأصلح فيها مسائل . وعنه انتشر مذهب مالك بالمغرب . ولد فى أول رمضان سنة ١٦٠ هـ وتوفى يوم الثلاثاء ٩ من رجب سنة ٢٤٠ هـ .

(ش)

الشاطبى : هو أبو إسحق موسى اللخمى الغرناطى المعروف بالشاطبى المالكى ومن أشهر مؤلفاته الموافقات فى الأصول توفى سنة ٧٩٠ هـ .

الشافعى : هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس القرشى الشافعى أحد الأئمة الأربعة . ولد فى غزة سنة ١٥٠ هـ وحمل منها طفلا إلى مكة ونشأ بالبادية ثم رحل إلى المدينة فتفقه على مالك . وذهب إلى بغداد ثم قصد إلى مصر وتوفى بها سنة ٢٠٤ هـ وله مذهبان قديم وحديث : وقد أملى مذهبه القديم فى العراق . وأما مذهبه الجديد فقد أملاه فى مصر على تلاميذه ومن كتبه كتاب الأم فى الفقه وكتاب الرسالة فى الأصول

الشوكانى : هو محمد بن على بن محمد فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن من صنعاء تولى القضاء بها ومات سنة ١٢٥٥ هـ ومن مؤلفاته كتاب نيل الأوطار فى أحاديث الأحكام.

الشيرازى : هو أبو إسحق إبراهيم بن على بن يوسف . ولد بفيروزاباد بفارس . وانتقل إلى شيراز . ثم انتقل إلى البصرة ثم إلى بغداد وتوفى سنة ٤٧٦ هـ وله مؤلفات كثيرة منها كتاب المهذب فى فقه الشافعية .

(ص)

صدر الشريعة : هو عبد الله بن مسعود بن محمود البخارى الحنفى صدر الشريعة

من علماء الأصول ومن مؤلفاته كتاب التنقيح وشرحه التوضيح فى الأصول . توفى ببخارى سنة ٧٤٧ هـ

الطحاوى : هو أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدى الطحاوى أبو جعفر فقيه حنفى ، انتهت إليه رئاسة الحنفية فى عصره بمصر . ولد ونشأ بطحا من قرى مصر وتوفى سنة ٣٢١ هـ ومن مؤلفاته المختصر فى الفقه .

(ع)

عائشة : السيدة عائشة بنت أبى بكر الصديق وزوجة الرسول صلى الله عليه وسلم وكانت من أفقه نساء المسلمين ، وكانت أحب نساء النبى إلى نفسه . وأكثرهن دراية للحديث . توفيت سنة ٥٨ هـ .

ابن عابدين : هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقى فقيه الشام وإمام الحنفية فى عصره وله فى الفقه كتاب رد المحتار على الدر المختار المسمى بحاشية ابن عابدين . توفى سنة ١٢٥٢ هـ .

ابن عباس : هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب القرشى الهاشمى أبو العباس حبر الأمة وصحابى جليل وهو أحد العبادلة الأربعة المشهورين من الصحابة . مات بالطائف سنة ٦٨ هـ .

عمر : عمر بن الخطاب الخليفة الثانى وأول من لقب بأمير المؤمنين . كان له رأى ثاقب فى الفقه . وعرف بالعدل والحزم وقد كثرت الفتوحات فى عهده قتل بيد أحد الموالى سنة ٢٣ هـ .

ابن عمر : هو عبد الله بن عمر بن الخطاب صحابى نشأ فى الإسلام وهاجر إلى المدينة مع أبيه أفتى الناس فى الإسلام ستين سنة وكان آخر من توفى بمكة من الصحابة سنة ٧٣ هـ .

(غ)

الغزالى : هو أبو حامد محمد بن محمد الغزالى الفقيه الشافعى الفيلسوف الأصولى

التصوف ولد في مدينة طوس من أعمال خراسان وتوفي بها ٥٠٥ هـ وله كتب كثيرة منها كتاب الوجيز في فقه الشافعية والمستصفى في أصول الفقه والإحياء في التصوف.

(ف)

ابن فرحون : هو برهان الدين إبراهيم بن الإمام شمس الدين على بن محمد بن فرحون المالكي فقيه أصولي ، رحل إلى مصر والقدس ودمشق وله مؤلفات منها كتاب التبصرة. توفي سنة ٧٩٩ هـ .

(ق)

ابن قدامة : هو عبد الله بن أحمد بن محسن بن قدامة بن مقدام بن نصر بن عبد الله المقدسي الدمشقي فقيه حنبلي رحل الى بغداد ، ثم عاد إلى دمشق وصنف كتابه المغني في الفقه . وقد توفي سنة ٦٢٠ هـ .

ابن القيم : هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي تتلمذ على شيخ الإسلام ابن تيمية فقيه حنبلي له كتب كثيرة منها إعلام الموقعين والطرق الحكمية في السياسة الشرعية . توفي سنة ٧٥١ هـ .

القرطبي : هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن نوح الأنصاري الخزرجي من قرى محافظة المنيا بمصر توفي ودفن بها سنة ٦٧١ هـ وكان فقيهاً مالكياً اشتغل بتفسير القرآن ، وله كتاب مشهور أسماه « الجامع لأحكام القرآن » .

القرافي : هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي فقيه مالكي . ولد بمصر ونشأ بها وتوفي بالقاهرة سنة ٦٨٤ هـ وله كتب عديدة في الأصول والفقه منها الفروق .

(ك)

الكاساني . هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني علاء الدين فقيه حنفي من أهل حلب . ومن مؤلفاته كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في الفقه توفي سنة ٥٨٧هـ .

الكمال : هو محمد بن عبد الواحد بن مسعود السيواسي كمال الدين

المعروف بابن الهمام فقيه حنفى برع فى الفقه والأصول وعلم الكلام ، ومن مؤلفاته، فتح القدير على الهداية فى الفقه . توفى سنة ٨٦١ هـ .

(ل)

الليث : هو الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمى . ولد بقرية قلقشندة من قرى مديرية القليوبية وتوفى بالقاهرة سنة ١٧٥ هـ . وهو إمام أهل مصر فى عصره فى الحديث والفقه .

ابن أبى ليلى : هو محمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى الأنصارى الكوفى . فقيه من أصحاب الرأى مات بالكوفة سنة ٣٣٣ هـ .

(م)

مالك : هو مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحى أبو عبد الله إمام دار الهجرة وأحد الأئمة الأربعة ولد بالمدينة سنة ٩٣ هـ وتلقى العلم والحديث على شيوخها، وشيخه فى الفقه ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بربيعة الرأى . مكث بالمدينة يعلم ويفتى حتى توفى سنة ١٧٩ هـ ومن كتبه كتاب الموطأ .

محمد بن الحسن : هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيبانى . فقيه حنفى تتلمذ على أبى حنيفة ثم درس على أبى يوسف صاحب الإمام . ثم رحل إلى الحجاز . وحفظ الحديث . ودرس على مالك فى المدينة كما أخذ الفقه أيضاً على الأوزاعى . وجمع فى دراسته بين منهج أهل الرأى وأهل الحديث وقرب بينهما ، ولى قضاء الرقة فى عهد الرشيد توفى سنة ١٨٩ هـ ومن أشهر كتبه : كتب ظاهر الرواية الستة وهى المبسوط . والزيادات . والجامع الصغير والسير الصغير والسير الكبير والجامع الكبير وهى تعتبر أصول المذهب وقد أخذ عنه الشافعى .

المزنى : هو إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل أبو إبراهيم المزنى وقد صحب الشافعى ومن كتبه كتاب المختصر فى الفقه . توفى سنة ٢٦٤هـ .

مسلم : مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى النيسابورى أبو الحسين من أئمة

المحدثين . ولد بنيسابور . ورحل إلى الحجاز ومصر والشام والعراق وتوفى سنة ٢٦١ هـ وأشهر كتبه صحيح مسلم .

المرغينانى : هو برهان الدين أبو الحسن على بن أبى بكر عبدالجليل الرشدانى المرغينانى فقيه حنفى . له كتاب بداية المبتدى وشرحه بكتاب الهداية مطبوع مع كتاب فتح القدير لكمال ابن الهمام والعناية عليه للبابرتى توفى سنة ٥٩٣ هـ .

ابن ماجه : هو أبو عبد الله محمد بن يزيد القزوينى . طاف البلاد فى طلب الحديث . وكان أحد الأئمة فيه . توفى سنة ٢٧٣ هـ وله كتاب سنن ابن ماجه .

(ن)

ابن نجيم : هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد فقيه حنفى مصرى . وله تصانيف كثيرة . منها كتاب الأشباه والنظائر فى القواعد والأصول . وكتاب البحر الرائق فى شرح كنز الدقائق فى الفقه توفى سنة ٩٧٠ هـ .

النسفى : هو أبو البركات حافظ الدين عبد الله بن أحمد بن محمود النسفى ، فقيه حنفى برع فى فن أصول الفقه . والنسفى نسبة إلى « نسف » بلدة بالقرب من سمرقند توفى سنة ٧١٠ هـ وله مؤلفات منها تفسير القرآن المعروف بتفسير النسفى . وكنز الدقائق فى الفقه .

النووى . هو أبو زكريا محيي الدين بن شرف بن مرى بن حسين النووى . فقيه شافعى . اشتغل بعلم الحديث ، وتوفى سنة ٦٧٦ هـ ومن أشهر كتبه فى الفقه المجموع شرح المهذب فى فقه الشافعية وكتاب المنهاج . وله كتاب شرح النووى على صحيح مسلم فى الحديث .

(هـ)

أبو هريرة : هو عبد الرحمن بن صخر الدوسى الملقب بأبى هريرة أسلم عام خيبر سنة ٥٧ هـ وكان من أحفظ الصحابة وألزمهم لرسول الله صلى الله عليه وسلم نشأ يتيما . ثم قدم المدينة وتوفى بها سنة ٥٨ هـ . وهو بوصفه صحابياً ومن خاصة أصحاب

الرسول الملازمين له يعتبر ثقة لا مجال للطعن فى أحاديثه من ناحية الرواية .

(ى)

أبو يوسف : هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصارى الكوفى البغدادى صاحب الإمام أبى حنيفة . وأول من نشر مذهبه . ولد بالكوفة سنة ١٢٣ هـ تولى القضاء لثلاثة من خلفاء العباسيين وهم : المهدى والهادى والرشيد من سنة ١٦٣ هـ إلى أن توفى سنة ١٨٢ هـ . وانتهت إليه رئاسة القضاة وكان أول من لقب بقاضى القضاة فى عهد الرشيد وله كتاب الخراج .

فهرس

صفحة

مقدمة : ٣

خطة البحث ٥

الباب التمهيدى

حقيقة العقد

تمهيد فى فكرة العقد قبل الإسلام وأنواع العقود التى كانت موجودة فى الجاهلية ٧

الفصل الأول

التعريف بالعقد

المبحث الأول : التعريف بالعقد فى الشريعة ١٠

المبحث الثانى : التعريف بالعقد فى فقه القانون المدنى ١٥

الفصل الثانى

تقسيم العقد من حيث الصحة والبطلان

المبحث الأول . فى المذهب الحنفى ١٨

المطلب الأول : فى العقد الصحيح ١٨

الفرع الأول : النافذ اللازم ٢٠

الفرع الثانى : النافذ غير اللازم ٢٢

الفرع الثالث : الموقوف ٢٣

المطلب الثانى : العقد غير الصحيح ٢٥

صفحة

الفرع الأول : البطلان ٢٥
الفرع الثانى : الفساد ٢٦
المبحث الثانى : أقسام العقد عند الجمهور ٢٨
مرجع الخلاف بين الحنفية والجمهور ٣٠
الرأى الذى نرجحه ٣٢
المبحث الثالث : تقسيم العقد فى القانون المدنى ٣٣
خلاصة الباب التمهيدى ٣٥

القسم الأول

فى حقيقة العقد الموقوف ومحله وحكمه

الباب الأول

حقيقة العقد الموقوف وما يقابله فى القانون

الفصل الأول

التعريف بالعقد الموقوف وطبيعته وما يقابلهما فى القانون

المبحث الأول : التعريف بالعقد الموقوف وما يقابله فى القانون... ... . ٣٩
المطلب الأول : التعريف بالعقد الموقوف فى الشريعة : ٣٩
التعريفات التى وردت فى كتب الفقه القديمة — مناقشتها .
التعريفات التى وردت فى كتب الفقه الحديث ومناقشتها
المطلب الثانى : التعريف بما يقابل فكرة العقد الموقوف فى القانون : ٤٤
العقد القابل للابطال والعقد غير السارى أو غير النافذ
المبحث الثانى : طبيعة العقد الموقوف فى الشريعة وما يقابله فى القانون . . .
المطلب الأول : طبيعة العقد الموقوف فى الشريعة ٤٦
المطلب الثانى : طبيعة العقد القابل للابطال والعقد غير السارى فى القانون ٤٨

صفحة

الفصل الثانى

مكانة العقد الموقوف بين العقود الأخرى وما يقابله فى القانون

المبحث الأول : مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة وغير الصحيحة ومايقابله
فى القانون ٥٠
المطلب الأول : مكانه العقد الموقوف بين العقود الصحيحة وغير
فى الشريعة ٥٠
المطلب الثانى : مكانة العقد القابل للابطال والعقد غير السارى بين
العقود الصحيحة وغير الصحيحة فى القانون ٦٩
المبحث الثانى : مكانة العقد الموقوف بين العقود المنجزة والمضافة والمعلقة ومايقابله
فى القانون ٧١
المطلب الأول : مكانة العقد الموقوف بين العقود المنجزة والمضافة
والمعلقة فى الشريعة ٧١
المطلب الثانى : ما يقابل فكرة العقد المعلق والمضاف فى القانون ٧٨
الشرط الواقف ٧٨
الأجل الواقف ٨١

الفصل الثالث

حالات العقد الموقوف وما يقابل ذلك فى القانون

الفصل الأول

حالات العقد الموقوف فى الشريعة وما يقابلها فى القانون

المبحث الأول : حالات العقد الموقوف فى الشريعة ٨٣
المطلب الأول : الحالات التى تعتبر من قبيل العقد الفاسد .. . ٨٧
المطلب الثانى : الحالات التى تعتبر من قبيل العقد غير اللازم ٨٨

صفحة

الفرع الأول : العقد المشروط فيه خيار المجلس ٩١
الفرع الثانى : العقد المشروط فيه الخيار مدة تزيد على ثلاثة أيام ٩٢
المطلب الثالث : حالات العقد الموقوف النفاذ ٩٤
المبحث الثانى : ما يقابل حالات العقد الموقوف فى فقه القانون ٩٧

الفصل الرابع

فى شروط النفاذ والتوقف والحكمة من الوقف

المبحث الأول : فى شروط النفاذ ١٠٣
المبحث الثانى : الشروط اللازمة لتوقف التصرف ١٠٤
المبحث الثالث : الحكمة من الوقف فى الشريعة والحكمة من قابلية العقد للابطال فى القانون ١٠٧

الباب الثانى

محل العقد الموقوف وما يقابله فى القانون

تمهيد ١١١

الفصل الأول

محل العقد الموقوف من المعارضات

المبحث الأول : بيع ملك الغير ١١٤
المطلب الأول : بيع ملك الغير فى الشريعة ١١٤
معنى الفضولى فى الشريعة ١١٦
معنى الفضالة فى القانون ١١٧
حكم بيع ملك الغير فى الشريعة ١١٩
المطلب الثانى : بيع ملك الغير فى القانون ١٢٢
المبحث الثانى : شراء الفضولى فى الشريعة وما يقابله فى القانون ١٣٢

صفحة

المبحث الثالث : إجارة ملك الغير ١٤٣

المطلب الأول : إجارة ملك الغير فى الشريعة ١٤٣

المطلب الثانى : إجارة ملك الغير فى القانون ١٤٩

الفصل الثانى

محل العقد الموقوف من التبرعات

المبحث الأول : هبة ملك الغير ١٥٢

المطلب الأول : هبة ملك الغير فى الشريعة ١٥٢

المطلب الثانى : هبة ملك الغير فى القانون ١٥٨

المبحث الثانى : وقف ملك الغير ١٦٠

المبحث الثالث : الوصية بمال الغير ١٦٥

الفصل الثالث

محل العقد الموقوف من العقود الأخرى

الزواج الموقوف ١٦٨

زواج الفضولى ١٧٠

الباب الثالث

حكم العقد الموقوف وما يقابله فى القانون

تمهيد : ١٧٦

الفصل الأول

حكم العقد الموقوف قبل الإجازة وما يطرأ عليه وما يقابل ذلك فى القانون

المبحث الأول : حكم العقد الموقوف قبل الإجازة وما يقابله فى القانون ١٧٧

المطلب الأول : حكم العقد الموقوف قبل الإجازة فى الشريعة ١٧٧

صفحة

المطلب الثانى : حكم العقد القابل للابطال والعقد غير السارى قبل الإجازة فى القانون ١٧٩

المبحث الثانى : ما يطرأ على العقد الموقوف قبل الإجازة ١٨٠

المطلب الأول : قابلية العقد الموقوف للفسخ قبل الإجازة وما يقابله فى القانون ١٨٠

الفرع الأول : العقد الموقوف قابل للفسخ قبل الإجازة فى الشريعة ١٨٠

الفرع الثانى: فسخ العقد القابل للابطال قبل الإجازة فى القانون ١٨٢

المطلب الثانى : هلاك المحل أو الثمن قبل الإجازة فى الشريعة وما يقابله فى القانون ١٨٤

الفرع الأول : هلاك المحل أو الثمن قبل الإجازة فى الشريعة ١٨٤

الفرع الثانى : هلاك محل العقد القابل للابطال فى القانون ١٨٧

المطلب الثالث : طروء الملك البات على الملك الموقوف فى الشريعة وما يقابله فى القانون ١٨٩

الفرع الأول : طروء الملك البات على الملك الموقوف فى الشريعة ١٨٩

الفرع الثانى : مايقابل فكرة طروء الملك البات على الملك الموقوف فى القانون ١٩١

المطلب الرابع : موت المجيز قبل الإجازة ١٩٢

الفرع الأول: موت المجيز قبل الإجازة فى الشريعة ١٩٢

الفرع الثانى: موت المجيز قبل الإجازة فى القانون ١٩٧

الفصل الثانى

حكم العقد الموقوف بعد الإجازة وما يقابله فى القانون

تمهيد ٢٠١

المبحث الأول : حقيقة الإجازة ٢٠٢

المطلب الأول : التعريف بالإجازة وصيغتها ٢٠٢

صفحة

الفرع الأول : التعريف بالإجازة ٢٠٢
التعريف بالإجازة فى الشريعة ٢٠٢
التعريف بالإجازة فى القانون ٢٠٣
الفرع الثانى : صيغة الإجازة ٢٠٥
صيغة الإجازة فى الشريعة ٢٠٥
صيغة الإجازة فى القانون ٢١٢
المطلب الثانى : من له حق الإجازة ومحلها ومدتها ٢١٣
الفرع الأول : المجيز ٢١٣
المجيز فى الشريعة ٢١٣
المجيز فى القانون ٢١٥
الفرع الثانى : محل الإجازة ٢١٧
محل الإجازة فى الشريعة ٢١٨
محل الإجازة فى القانون ٢١٨
الفرع الثالث : المدة المقررة للإجازة ٢١٨
المدة المقررة للاجازة فى الشريعة ٢١٨
المدة المقررة للاجازة فى القانون ٢١٩
المدة المقررة للاجازة فى القانون المدنى العراقى ٢٢١
المطلب الثالث : شروط صحة الإجازة ٢٢٣
الفرع الأول : شروط صحة الإجازة فى الشريعة ٢٢٣
الفرع الثانى شروط صحة الإجازة فى القانون ٢٢٨
المطلب الرابع : حكم الإجازة ٢٣٠
الفرع الأول : حكم الإجازة فى الشريعة ٢٣٠
التصرفات التى يقتصر حكمها على وقت صدور الإجارة ٢٣١
التصرفات التى يثبت حكمها مستنداً إلى وقت صدورها ٢٣٢
الفرع الثانى : حكم الإجازة فى القانون ٢٣٤
المبحث الثانى : رفض الإجازة ٢٣٧

صفحة

المطلب الأول : رفض الإجازة فى الشريعة ٢٣٧
الفرع الأول : رد التصرف الموقوف ٢٣٧
الفرع الثانى : بطلان التصرف الموقوف ٢٤٢
المطلب الثانى : رفض الإجازة فى القانون ٢٤٣
المبحث الثالث : العقد إذا كان فى شق منه نافذاً وفى شق آخر موقوفا فى الشريعة
وما يقابله فى القانون ٢٤٥
خاتمة القسم الأول ٢٤٨

القسم الثانى

بعض التطبيقات على نظرية العقد الموقوف

الباب الأول

التصرف عن الغير دون ولاية

تمهيد ٢٥١
معنى الولاية والوكالة والرسالة فى الشريعة ٢٥٢

الفصل الأول

مخالفة الوكيل حدود الوكالة

المبحث الأول : مخالفة الوكيل حدود الوكالة فى الشريعة ٢٥٦
المطلب الأول : مخالفة الوكيل بالشراء ٢٥٦
المطلب الثانى : مخالفة الوكيل بالبيع ٢٦٥
المبحث الثانى : مخالفة الوكيل حدود الوكالة فى القانون ٢٧٥

الفصل الثانى

مدى ولاية المرتد فى التصرف

صفحة

حكم تصرفات المرتد أثناء ردته ٢٧٩

الباب الثانى

ناقص الأهلية ومعيب الإرادة

الفصل الأول

ناقص الأهلية

تمهيد ٢٨٧
المبحث الأول : تصرف الصبي المميز ٢٨٨
المطلب الأول : تصرف الصبي المميز فى الشريعة ٢٨٨
المطلب الثانى : تصرف الصبي المميز فى القانون ٢٩٨
المبحث الثانى : السفيه وذو الغفلة ٣٠١
المطلب الأول : تصرف السفيه وذى الغفلة فى الشريعة ٣٠١
الفرع الأول : تصرف السفيه فى الشريعة ٣٠١
الفرع الثانى : تصرف ذى الغفلة فى الشريعة ٣٠٩
المطلب الثانى : تصرف السفيه وذى الغفلة فى القانون ٣١١

الفصل الثانى

تصرف معيب الإرادة ٣١٥
تمهيد ٣١٥
المبحث الأول : تصرف المكره بالبيع ٣١٦
المطلب الأول : تصرف المكره بالبيع فى الشريعة ٣١٦
المطلب الثانى : تصرف المكره بالبيع فى القانون ٣٢٥
المبحث الثانى : عيوب الإرادة الأخرى غير الإكراه ٣٢٧
المطلب الأول : عيوب الإرادة الأخرى غير الإكراه فى الشريعة ٣٢٧
المطلب الثانى : عيوب الإرادة الأخرى غير الإكراه فى القانون ٣٢٩

صفحة

الباب الثالث

التصرف فيما تعلق به حق الغير

تمهيد ٣٣٣

الفصل الأول

تصرف الموصى لوارث أو لغير وارث ٣٣٤

المبحث الأول : تصرف الموصى لوارث أو لغير وارث في الشريعة ٣٣٤

المطلب الأول : الوصية للوارث ٣٣٤

المطلب الثاني : الوصية للأجنبي ٣٤١

المبحث الثاني : تصرف الموصى لوارث أو لغير وارث في القانون المدني ٣٤٤

الفصل الثاني

تصرف المدين المحجور عليه الضار بمصلحة الغرماء ٣٤٦

المبحث الأول : تصرف المدين المحجور عليه في الشريعة ٣٤٦

المبحث الثاني: تصرف المدين الضار بمصلحة الدائنين في القانون المدني... ... ... ٣٥٣

الفصل الثالث

بيع المرهون والمستأجر

المبحث الأول : بيع المرهون ٣٥٩

المطلب الأول : بيع المرهون في الشريعة ٣٥٩

المطلب الثاني : بيع المرهون في القانون ٣٦٦

المبحث الثاني بيع المستأجر ٣٦٨

المطلب الأول : بيع المستأجر في الشريعة ٣٦٨

المطلب الثاني : بيع المستأجر في القانون ٣٧٢

صفحة

الفصل الرابع

التصرف فى الحصة الشائعة بالبيع

المبحث الأول : التصرف فى الحصة الشائعة بالبيع فى الشريعة ٣٧٩
المبحث الثانى : التصرف فى الحصة الشائعة بالبيع فى القانون ٣٨٢
الخاتمة ٣٩٥
المراجع ٤٠٣
ملحق بتراجم الأعلام ٤٢١
فهرست ٤٣٣

تصويب الخطأ

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٢	٤ هـ	للكم	للحكم
٢٨	١٠ هـ	ومباحث الحكم عند الأصوليين	وانظر له أيضاً مباحث الحكم عند الأصوليين
٤٠	٧	الملطب	المطلب
٦٣	١ هـ	موقوف	الموقوف
٦٥	٩	القياس على بيع الغدر	القياس على بيع الغرر
٧٦	٦	بالإجارة	بالإجازة
٨١	٧ هـ	إنه	أنه
٩٢	١٢	بالانفاق	بالاتفاق
١١٣	٣ هـ	برىء والغاصب	برىء الغاصب
١١٩	٢ هـ	في الفقرة السابقة	في الهامش السابق
١٢١	٥ هـ	المنصف	المصنف
١٢٥	١٣ هـ	ص ١٣١٠	ص ٣١٠
١٤٥	٧	أحاز	أجاز
١٤٧	١٥	إما	أما
١٤٧	١٥	وإما	وأما
١٤٨	٣ هـ	الإصافة	الإضافة
١٤٩	٩	جائراً	جائزاً
١٥٤	١	بأنه	بأنها
١٧٢	٩	الصورة	الصور

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٩٧	١	يعم على كل متوقف	يعم كل متوقف
١٩٩	٢	ومن ثم فإن الإجازة	ومن ثم فإن حق الإجازة
٢٠٨	٦	السكوت لا يعتبر	الأصل أن السكوت لا يعتبر
٢١٨	١٠	الوهب	الواهب
٢٢٥	١	أو وهب	وهب
٤٢	١	فهل	فهي
٢٤٢	١٩	فيهم	فهم
٢٤٥	١٥	انتفض	انتقض
٢٥٨	١٥	عقد	عقده
٢٦٥	٨	قاله به الجمهور	قال به الجمهور
٢٧٠	٥	وجنح	جنح
٢٨٠	١٤	مم العبد	من العبد
٢٨٠	٧ هـ	والمختار	رد المحتار
٢٩٩	٥	هي لا تتمحض	هي التي لا تتمحض
٣١٦	٤ هـ	فالفتح جائز	فالفتح فيه جائز
٣٩١	٩	ولا يكون الحق	ولا يكون له الحق
٤٢٠	١٦ هـ	مؤلفاته الآتية	في مؤلفاته الآتية
٤٢٤	٨	أوله	وله
٤٢٤	١٣	ومن كتب	ومن كتبه
٤٣١	٢٠	سنة ٥٧ هـ	سنة ٧ هـ

(تابع) تصويب الخطأ

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٢٦	٣ ه	المكية	المالكية
٥٧	١١ه	بحث	بحثاً
٥٧	١٢ه	٣٣٧/٣٣٦	٢٣٧/٢٣٦
٦٣	٢٢ه	لأهلية	الأهلية
٦٥	٢١	بيم	بيوع
٧٠	٣	التقنينين	التقنين
٧٨	١٤	هذ	هذا
٨٨	٧ ه	إنه	أنه
٩٣	٩ ه	لإفساد	لا فساد
٩٥	٧	دون	ودون
٩٧	٦	فى الباب	فى البابين
١٠٠	١١	وجد القانون	وجدفى القانون
١٠٠	١٥	تشمل	يشمل
١٠١	٤	فكرة القابل للابطال	فكرة العقد القابل للابطال
١٢١	١٠ ه	فقه الزيدية	فقه الشيعة الزيدية
١٤٤	٣ ه	مؤجرة	مؤاجرة
١٤٧	٢ ه	الموضوع السابق	الموضع السابق
١٦٩	١٩	ولا تسقط	وتسقط
١٧٠	١٧	ركيله	وكيله
١٩٩	٤ ه	تابى	تأبى
٢٢٢	٢ ه	١ ـــ	٢ ـــ
٢٢٤	٤ ه	أبو حنيفة	أبى حنيفة

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٢٣٩	١٨ه	يدتم	يدنم
٢٣٦	١٦ه	إجارة	إجازة
٢٤٠	٥ ه	البائت	البات
٢٤٠	١٥	إجارة	إجارة
٢٦٨	١٧	بغيره	بغير
٢٧٢	٤	التبيعض	التبعيض
٢٧٣	٧	فكاأن	فكان
٢٨٣	٢	فى إحدى الروايتين	فى رأى
٣١٠	١٠	خلافا	فرقاً
٣١١	٤	بغير	يعد
٣٢٣	٦	يتسكم	يتكلم
٣٤٠	٤	وتصج	وتصح
٣٦٣	١٩ه	الطفل	والطفل
٣٧١	١	المشترى	للمشترى
٣٧١	٤	يتخاص	يتلخص
٣٧٧	٩	الحصته	الحصة
٣٨٠	١	أو أربعة	أوربعة
٣٨٣	١٣	الضر	الضرر
٣٨٦	٤ ه	الموض	الموضع
٣٩٠	١٨	أن يضبق فى هذا	أن يضيق فى نطاق هذا.
٤٢١	٨ ه	ابن فرحن	ابن فرحون
٤٢١	٢١ه	التراحم	التراجم





المطبعة العالمية ١٦، ١٧ ش ضريح سعد بالقاهرة